Der Einredeverzicht
im
Bürgerlichen Gesetzbuch

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung
der
Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Gerichtsreferendar
Hans Werner Ohmen
aus Trier

1932

Buchdruckerei Emmerich Herzig, Trier

Dekan: Prof. Dr. Stoll.
Referent: Prof. Dr. Eißer.
Angenommen: 20. Juni 1932.

Herrn Prof. Dr. Eißer, der mir bei der Wahl des Themas und später bei der Ausarbeitung in überaus liebenswürdiger Weise behilflich war, von Herzen zu danken, ist mir eine angenehme, gern erfüllte Pflicht.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Anordnung.

Seite

Verzeichnis des benutzten Schrifttums VII

§ 1. **Einleitung:** Bedeutung des Themas. Probleme. Plan einer Ausarbeitung 1

I. Abschnitt. Allgemeine Grundlagen einer Lehre vom „Einredeverzicht" 2

§ 2. Der Verzicht im BGB. 2

§ 3. Die Einrede im BGB. 4

§ 4. Der Einredeverzicht 6

II. Abschnitt. Die Einreden im einzelnen unter Berücksichtigung ihrer Stellung innerhalb des Rechtsverhältnisses und ihrer Verzichtbarkeit 7

§ 5. Vorbemerkung: Der Einredeverzicht „im voraus" . . 7

§ 6. Die Einreden im Recht der Schuldverhältnisse 8

1. Die Einreden mangelnder Sicherheitsleistung. §§ 258, 811 9
2. Die Einreden des Zurückbehaltungsrechts und des nicht erfüllten Vertrages. §§ 273, 320 11
3. Die Einreden auf Grund des Schenkungsverhältnisses. §§ 519, 529, 526 14
4. Die Einreden aus den §§ 321, 633, 660 16
5. Die Einreden des Bürgen. §§ 771, 770 17
6. Die Einreden der Wandlung, Minderung, der Bereicherung, der unerlaubten Handlung. §§ 478 (490, 639, 651), 821, 853 19
7. Die Einrede der Verjährung. § 222 21
8. Die Einrede der Stundung. Vereinbarte Einreden . 24

§ 7. Die Einreden im Sachenrecht 25

1. Die Einreden aus den §§ 867 (1005), 997, 1000, 1100, 1166 26
2. § 986 29

§ 8. Die Einreden im Familien- und Erbrecht 31

1. Die Einreden im Familienrecht 31
2. Die Einreden im Erbrecht (Besonderheiten) 34

§ 9. Einreden aus dem Recht eines Dritten. §§ 768, 1137, 1211 36

§ 10. Zusammenfassung 44

Seite

III. Abschnitt. Einzelfragen 46

§ 11. Bedingen die verschiedenen Einredearten eine unterschiedliche Behandlung des Einredeverzichts? (Einredeverzicht und Erlaß) 46

§ 12. Wirkungen des Einredeverzichts. Möglichkeit einer Rückgängigmachung 49

§ 13. Abgrenzung des Einredeverzichts. Verzicht und Nichtgeltendmachung 56

IV. Abschnitt. Der Einredeverzicht als einseitige, empfangsbedürftige, formlose Erklärung 60

§ 14. Ergebnis früherer Untersuchungen 60

§ 15. Stellungnahme zu den vorhandenen Ansichten . . . 62

§ 16. Nachweis der Einseitigkeit 68

§ 17. Ergebnis der Arbeit 74

Verzeichnis des benutzten Schrifttums.

Achilles-Greif, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1930.
Biermann, Bürgerliches Recht I 1908.
Bucerius, Eröterung der Begriffe exceptio, Einrede und Einwendung nach römischem und nach gemeinem Recht, nach ZPO. und nach BGB. 1899.
Burchard und de Boor, Bürgerliches Recht 1930.
Caspers, Erlaß und Verzicht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Freiburg 1904.
Cohn, Erlaß und Verzicht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Gruchots Beiträge 47, S. 221 ff.
Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I 1927.
Crisolli, „Zurückbehaltungsrecht" in Stier-Somlo-Elster, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft VI S. 1057 f.
Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1900—1912.
Daubenspeck-Sattelmacher, Bericht, Gutachten und Urteil, 1930.
Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Die Schuldverhältnisse I 1909, II 1915.
Eccius, Rechtsgeschäftlicher Verzicht auf Einreden, Gruchots Beiträge 50, S. 1 f.
Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs I 1. und 2. Aufl. 1903.
Eißer, „Einrede" im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch 1929 II S. 812 f.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1903 f.
Engländer, Das Aufgebot der Nachlaßgläubiger, Leipz. Diss. 1906.
Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil 1931 (I).
Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse 1930 (II).
Festgabe für Heck-Rümelin-Schmidt, Tübingen 1931. Archiv für die civilistische Praxis N. F. 13, Beilageheft.
Flechtheim, Aufhebungsanspruch und Einrede, Gruchots Beiträge 44, S. 65 f.
Friedenthal, Einwendung und Einrede 1898.
Fuchs, Im „Recht" 1905 S. 339, 425.
Graeffner, Die außergerichtliche Geltendmachung der Einrede 1905.
Heck II, Grundriß des Schuldrechts 1929.
Heck III, Grundriß des Sachenrechts 1930.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht 1900.
Henle, Lehrbuch, Allgemeiner Teil 1926.

Herzfelder, In der Deutschen Juristenzeitung 1905 S. 61.
Hölder, Ueber Ansprüche und Einreden, Archiv für die civilistische Praxis 93, S. 1 f.
Hölder, Kommentar, Allgemeiner Teil 1900.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung I 1931.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1906 f.
Kreß, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts 1929.
Krückmann, Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches 1929.
Langheineken, Anspruch und Einrede 1903.
Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1928.
Mannigk, „Schuldverhältnisse" in Stier-Somlo-Elster, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft V S. 376 f.
Mentzel, Kommentar zur Reichskonkursordnung 1926.
Müller, In der Deutschen Juristenzeitung 1905 S. 685.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches 1912.
Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, I u. II.
Oertmann, Kommentar, 3. Aufl. I 1927, II 1928.
Planck, Kommentar, 4. Aufl. 1913 ff.
Quilitz, Die Aufrechnung gegen fehlerhafte Schulden, Diss. Erlangen 1909.
Rappaport, Einreden aus einem fremden Rechtsverhältnis 1904.
Rech, Der Begriff der Einrede 1907.
Regelsberger, Zur Lehre von der Wirkung der Anspruchsverjährung, Iherings Jahrbuch 47, S. 328 f.
R. G.-Kommentar von Dr. Busch . . ., Reichsgerichtsräten und Senatspräsidenten am Reichsgericht 1928.
Rümelin, Im Archiv für die civilistische Praxis 97, S. 211; 98 S. 169 f.
Sahm, Die außergerichtliche Geltendmachung der Verjährungseinrede, Iherings Jahrbuch 49, S. 59 ff.
Schneider, In Iherings Jahrbuch 51, S. 29 f.
Schultheiß, In der Deutschen Juristenzeitung 1908, S. 807.
Seckel, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, in der Festschrift für Koch 1903, S. 216.
Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach Deutschem Reichsrecht 1903, S. 69 f.
Siber, „Einrede" in Stier-Somlo-Elster, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft II S. 192 f.
Siber, „Verzicht" in Stier-Somlo-Elster, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft VI S. 636 f.
Soergel, Das Bürgerliche Gesetzbuch 1929.
Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen, Geschichte und System des Römischen Privatrechts 17. Aufl. 1926.
Staffel, Ueber die Wirkungen der peremtorischen Einreden, Sächsisches Archiv 10, S. 665 f.
Stammler, Einreden aus dem Recht eines Dritten 1900.
Staudinger, Kommentar 1925—1930.
Stoll, „Vertragsfreiheit" in Nipperdey, die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung 1930 III S. 175 f.

Stoll, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, in der Festgabe für Heck-Rümelin-Schmidt 1931. (Arch. Civ. Prax. N. F. 13 Beilageheft S. 60 f)
Stoll, In der Leipziger Zeitschrift 1923 S. 532 f.
Suppes, Der Einredebegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches 1902.
v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts I 1910, II 1 1914, II 2 1918.
Walsmann, Der Verzicht 1912.
Warneyer, Kommentar zum Anfechtungsgesetz 1930.
Warneyer, Kommentar zum BGB. 1930.
Wenger, Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts 1925.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts 9. Auflage 1906.
v. Winterfeld, Die aufschiebenden Einreden des Erben und der Leistungsverzug 1907.
Wolff, Martin, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht 1929.
Zitelmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 1900.

Abkürzungen.

Arch., Archiv für die civilistische Praxis seit 1818.
D. J. Z., Deutsche Juristenzeitung.
Gruch., Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.
Hd WRW., Stier-Somlo-Elster, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft.
Iherings J., Iherings Jahrbuch für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
Leipz. Zeitschr., Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht seit 1907.
OLG., Rechtsprechung der Oberlandesgerichte von Mugdan und Falkmann.
Sächs. Arch., Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
Mot., Die Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs 1888.
Prot., Die Protokolle der II. Kommission 1897—99.
Recht, Das Recht, seit 1897, herausgegeben von Soergel u. a.
RGZ., Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550010_0089

§ 1. Einleitung: Bedeutung des Themas. Probleme. Plan einer Ausarbeitung.

Die Frage des Einredeverzichts harrt noch einer abschließenden Behandlung. Sie wurde zwar beiläufig in einzelnen Abhandlungen und in den Kommentaren angeschnitten, eine eindeutige Lösung hat sie jedoch bis heute nicht erfahren. Der einzige, der ihr meines Wissens eine Sonderarbeit widmete, ist Eccius.[1]) Und gerade sein Ergebnis wird zum Teil sehr angefeindet. Es gibt wenige Rechtsfragen, die einen größeren Meinungsstreit hervorgerufen haben, als die Frage des Einredeverzichts. Das mag damit zusammenhängen, daß bisher der Versuch einer zusammenfassenden Darstellung unterblieben ist. Hinzu tritt m. E. weiter der Umstand, daß man an die wichtigste Frage, des „Wie" des Einredeverzichts, methodisch falsch herantrat, indem man den Einredeverzicht gewaltsam unter vorhandene Begriffe pressen wollte. So entstand ein Wirrwarr von Ansichten, die alle vom Standpunkte ihrers Vertreters ein gut Teil Wahrheit enthalten, aber in Begründung und Ergebnis angreifbar sind. Die folgende Abhandlung versucht, ein wenig Licht in das Chaos zu bringen. Sie will das Für und Wider der verschiedenen Ansichten gegeneinander abwägen, das Haltbare und Unhaltbare voneinander scheiden und den Versuch einer einheitlichen Lösung unternehmen. Vielleicht wird sich auf diese Weise ein praktisch brauchbarer Standpunkt herauskristallisieren. Sollte dieser Arbeit ein unmittelbarer Erfolg nicht beschieden sein, so mag sie jedenfalls dazu beitragen, die Aufmerksamkeit der Wissenschaft dieser interessanten und praktisch wichtigen Frage ein wenig mehr zuzuwenden.

Die praktische Bedeutung der Frage des Einredeverzichts läßt sich schwerlich angreifen. Man denke sich den Fall, daß der Beklagte im Prozeß die Einrede der Verjährung geltend macht, der Kläger sich demgegenüber darauf beruft, der Beklagte habe auf die Einrede der Verjährung verzichtet. Für den Richter tauchen hierbei schwierige Fragen auf: Gibt es einen Einredeverzicht? Ist der außergerichtliche Verzicht beachtlich? Kann auf jede Einrede verzichtet werden? Auch im voraus, d. h. vor Entstehung der Einrede? Wie wirkt sich ein solcher Verzicht aus? Wer kann verzichten? Der Minderjährige, die Ehefrau im gesetzlichen Güterstand? Wie verzichtet man auf eine Einrede? Durch Vertrag, der unter Umständen einer Form bedarf? Durch einseitige Erklärung, die empfangsbedürftig ist oder nicht? Ist der Einredeverzicht Schenkung? Ist er im Konkurs anfechtbar? Ist er Neubegründung eines Schuldverhältnisses, Aenderung des

[1]) Rechtsgeschäftlicher Verzicht auf Einreden, Gruch. 50, 1 f.

Inhalts eines Schuldverhältnisses, Erlaß, Anerkenntnis? Eine Antwort auf diese Fragen wird man im Gesetz vergeblich suchen. Und doch müssen sie beantwortet werden!

In meiner Abhandlung über den „Einredeverzicht" werde ich versuchen, diese Fragen zu beantworten. Ich werde die Arbeit folgendermaßen aufbauen:

Allgemeine Voraussetzung einer Lehre vom Einredeverzicht ist eine kurze Beleuchtung der Rechtsgebilde „Verzicht" und „Einrede". Beide Figuren bilden das Rüstzeug der Arbeit. Ergebnis des I. Abschnittes wird sein, daß es grundsätzlich einen Einredeverzicht gibt.

Im II. Abschnitt sollen die Einredetatbestände des BGB. einzeln dargestellt werden. Diese Einzeldarstellung ist nicht Selbstzweck. Es wird vielmehr bei jeder Einrede ihre Stellung innerhalb des Rechtsverhältnisses und — als Folge davon — ihre Verzichtbarkeit, also die Möglichkeit eines Verzichts auf sie, ins Auge gefaßt werden.

Der III. Abschnitt kann sich sodann Sonderfragen des Einredeverzichts zuwenden. Es wird geprüft werden, ob die verschiedenen Einredearten eine unterschiedliche Behandlung des Verzichts bedingen (Erlaß?); ferner, wie sich der Einredeverzicht auswirkt und ob eine Rückgängigmachung dieses Verzichts in Frage kommt. Der Einredeverzicht wird gegen andere Tatbestände abgegrenzt werden; vor allem soll der Unterschied zwischen Einredeverzicht und Nichtgeltendmachung der Einrede geklärt werden.

Der IV. Abschnitt befaßt sich schließlich mit der wichtigsten Frage: Wie verzichtet man rechtswirksam auf eine Einrede?

I. Abschnitt.
Allgemeine Grundlagen einer Lehre vom „Einredeverzicht".

§ 2. Der Verzicht im BGB.

Im BGB. tritt uns der Verzicht ausdrücklich in einer Reihe von Vorschriften entgegen. So ist er beispielsweise erwähnt in den §§ 239, 376, 533, 658, 773, 1175, 1491, 1662, 2346 f. u. a. Außerdem enthält das BGB. nach herrschender Ansicht eine Anzahl Tatbestände, die zwar den „Verzicht" nicht ausdrücklich nennen, bei denen es sich aber um nichts anderes als um einen Verzicht handeln kann, so z. B. die §§ 144, 333, 397 u. a.[1])

Die Fälle weichen im einzelnen derart voneinander ab, daß man Zusammenfassendes über den Verzicht schwerlich sagen kann. Ein fester Sprachgebrauch besteht im BGB. nicht. Walsmann hat in seiner trefflichen Schrift über den Verzicht diese Lehre eingehend entwickelt. „Der Verzicht ist das auf dem Willen des Berechtigten beruhende Aufgeben von Vorteilen, die dem Berechtigten von der

[1]) So von Tuhr II 1 § 54 VI S. 265, Planck-Siber § 305 II 1 c S. 318. Vergl. hierüber unten.

Rechtsordnung gewährleistet sind".[1]) Meist, nicht notwendig, bestehen diese Vorteile in Rechten. Aehnliche Verzichtsdefinitionen sind zahlreich: „Unter rechtsgeschäftlichem Verzicht verstehen wir rechtsgeschäftliches wirksames Aufgeben eines Rechtes."[2]) „Der Verzicht ist eine Willenserklärung oder eine Willensbetätigung, gerichtet auf die Aufgabe einer Rechtsposition, eines subjektiven Rechts, einer Befugnis innerhalb der Peripherie eines Rechts."[3]) „Verzicht ist gewillkürte Aufgabe eines subjektiven Rechts oder einer Anwartschaft."[4])

Wesentlich ist dem Verzicht auf ein Recht also zweierlei:

a) Eine Willensbetätigung des Verzichtenden. Darum trägt der Verzicht rechtsgeschäftlichen Charakter. Die Folgen treten ein, weil sie gewollt sind.[5]) Dieser Wille des Verzichtenden ist stets causa efficiens, aber auch nur er darf causa efficiens sein, damit der Verzichtsbegriff gewahrt bleibt. Es ist nicht immer gesagt, daß die Verzichtswirkungen schon mit dieser Erklärung des Verzichtenden eintreten. Oft muß noch etwas anderes, außerhalb des Willens des Verzichtenden Liegendes hinzutreten, damit die Wirkung eintritt. Dann handelt es sich aber immer nur um eine conditio sine qua non, nie um eine causa efficiens. Unter diesem Gesichtspunkt ist es wohl möglich, daß der Verzicht eines Vertrages bedarf und trotzdem echter Verzicht bleibt. Das hängt damit zusammen, daß es Verträge gibt, bei denen nicht, wie in der Regel, beide Erklärungen der Vertragsteile gleichwertig sind, sondern die eine Erklärung die eigentlich wirkende ist, „während das Verhalten des anderen Kontrahenten lediglich in einer nicht ablehnenden Haltung besteht."[6]) So liegt zweifellos beim Erlaß gemäß § 397 im praktischen Leben der Schwerpunkt auf der Benachrichtigung des Gläubigers an den Schuldner, er verzichte auf sein Forderungsrecht (causa efficiens); der Schuldner wird sich in der Regel schweigend verhalten oder den Empfang des Briefes bestätigen, höchstens sein Einverständnis erklären (conditio sine qua non, wegen der gesetzlichen Regelung des § 397). Trotz des Vertragserfordernisses trägt der Erlaß Verzichtscharakter.[7])

Ein anderes Erfordernis, das zur Willenserklärung des Verzichtenden hinzutreten muß, ist beispielsweise die Eintragung ins Grundbuch gemäß §§ 875, 1168 II.

b) Der Wirkung nach *Vernichtung* des Rechts, auf das verzichtet wird. „Das Recht, auf welches verzichtet wird, wird durch den Verzicht ipso iure aufgehoben."[8]) Es liegt also kein Verzicht auf ein Recht vor, wenn sich der Berechtigte lediglich obligatorisch verpflichtet, das Recht nicht auszuüben.

---

[1]) Walsmann a. a. O. S. 41, 42.
[2]) Eccius S. 1.
[3]) Cohn a. a. O. S. 251.
[4]) Siber HdWRW. VI S. 636.
[5]) Darum ist für den Verzicht Voraussetzung, daß der Verzichtende das Recht, das er aufgibt, kennt. So auch Quilitz S. 82, RGZ. 78, 130.
[6]) Walsmann S. 176 f. dagegen Planck-Siber § 397, 1 a.
[7]) Walsmann S. 178 f. Planck-Siber § 397, 1 a; Vergl. dagegen die Gegenüberstellung von Erlaß und Verzicht im RG-Komm. § 397, 2, Oertmann § 397, 2.
[8]) Walsmann S. 44.

Diese kurzen Ausführungen über den Verzicht im allgemeinen sollen an dieser Stelle genügen. Es ist nicht Sinn der Arbeit, eine allgemeine Verzichtslehre aufzustellen. Ein spezieller Verzicht, der Einredeverzicht, ist zu behandeln. Bei der Verschiedenartigkeit der Verzichtstatbestände im BGB. wäre es falsch, nach Obersätzen zu suchen und diese blindlings auf Spezialfälle anzuwenden. Der Einredeverzicht muß aus sich heraus entwickelt werden. Es scheint unerläßlich, zunächst die „Einrede" des BGB. kurz zu beleuchten.

§ 3. Die „Einrede" im BGB.

Die Grundlage der heutigen Einreden bildet die exceptio des römischen Formularprozesses. Sohm[1]) unterscheidet ordentliche und außerordentliche Formelbestandteile. Die ersteren bestimmen das Wesen der Formel, während die letzteren „nur von Fall zu Fall aus besonderem Anlaß in die Formel eingerückt werden können". Zu den außerordentlichen Bestandteilen gehört die exceptio als eine Ausnahme von der condemnatio, einem ordentlichen Bestandteil. Die Einrede bildet eine Ausnahme vom Kondemnationsbefehl. Wenn der Richter sich vom Bestande des Rechts überzeugt hat (intentio), so muß er nach dem ius civile kondemnieren. Das prätorische Recht kennt trotz Wahrheit der intentio Ausnahmen von der Kondemnationspflicht des Richters: diese Ausnahmen erscheinen als exceptio in der formula. Die meisten exceptiones wurden von Amts wegen nicht berücksichtigt, sondern vom Prätor nur auf Antrag in die Formel eingefügt. Diese nur auf Antrag zu berücksichtigenden exceptiones werden von der herrschenden Lehre als Vorläufer unserer Einrede angesehen.[2]) Dabei verdient Beachtung, daß die eigentliche Bedeutung der exceptio auf dem Gegensatz der zivilen und prätorischen Rechtsordnung beruht, während heute Anspruch und Einrede der gleichen Rechtsordnung entspringen. „Die exceptio war ein Hemmungsgrund in Widerspruch mit dem Zivilrecht, während unsere Einrede aus dem Inhalt des Bürgerlichen Rechts hervorgeht."[3])

Die heutige Einrede — nur die Einrede im materiell-rechtlichen Sinne ist gemeint[4]) — ist das Recht, der Geltendmachung eines Anspruchs zu widersprechen. Früher bezeichnete man die Einrede nach ihrer häufigsten Funktion als „Leistungsverweigerungsrecht." Martin Wolff[5]) hat den Oberbegriff „Widerspruchsrecht" eingeführt unter Hinweis darauf, daß es Einreden des Grundeigentümers gibt (§§ 1137, 1138, 1157), mit denen er keine Leistung verweigert, — denn er schuldet als nicht persönlicher Schuldner keine Leistung —,

[1]) a. a. O. § 113 II.

[2]) Siber HdWRW II S. 192; v. Tuhr I S. 288.

[3]) Sohm, § 117 Anm. 2. Anderseits ist zu beachten, daß auch das römische Zivilrecht bereits Ansätze der exceptio erkennen läßt: heute sogen. Zivile Exceptionen. Beispiele bei Wenger a. a. O. S. 145, 146. Auch Wenger betont indes, daß die eigentliche Bedeutung der exceptio erst durch den Prätor aufkommt.

[4]) Der Einredebegriff im Sinne des Z. P. O. geht entschieden weiter: Er umfaßt außer den rechtshemmenden auch alle rechtsverneinenden und rechtsaufhebenden Tatsachen. Z. B. v. Tuhr I S. 289; Oertmann Vorbem. B 1 vor § 194 S. 703; Quilitz S. 66 f.

[5]) a. a. O. § 139 Anm. 11.

sondern der Geltendmachung der Hypothek widerspricht.[1]) Meines Erachtens besteht kein Anlaß, von der Bezeichnung der Einrede als „Leistungsverweigerungsrecht" Abstand zu nehmen; beruht doch die Neubildung Wolffs lediglich auf einem Formulierungsproblem.

Die Einrede stellt ein Recht des Schuldners dar. Das ist einmal Ansicht des Gesetzes. (Vergl. die §§ 273, 320, (322), 2059; 222, 519, 526, 633, 660, 2014). Aber auch die herrschende Meinung spricht sich in diesem Sinne aus.[2]) Man wird die Einrede zu der Gruppe der Kann- oder Gestaltungsrechte zählen müssen. Hierüber besteht Meinungsverschiedenheit. Einige sehen in ihr die selbständige Aeußerung eines subjektiven Rechts, andere ein Kannrecht und wieder andere eine Art Anfechtungsrecht.[3]) Die Einreden stehen jedenfalls den Kannrechten am nächsten; sie verleihen die Möglichkeit, „ein an sich begründetes Recht als unwirksam zu behandeln." (Enneccerus). Die Interessenlage ist folgende: Dem Schuldner, der grundsätzlich im Interesse des Gläubigers ein Opfer zu bringen hat, kann in vielen Fällen eine Leistung so, wie der Gläubiger sie fordert, nicht zugemutet werden. In diesem Falle wird er durch die Einrede geschützt. Im Interessenkonflikt bildet das Einrederecht eine Waffe des Schuldners. Die Einrede ist ein Gegenrecht. Sie richtet sich stets gegen einen Anspruch des Gläubigers. Insofern hebt sie die Macht des Schuldners. Die Einrede wird nur berücksichtigt, wenn sie geltend gemacht wird. Daß dies nur im Prozeß geschehen könnte, läßt sich schwerlich nachweisen. Sie kann auch außergerichtlich geltend gemacht werden.[4]) Ihren Hauptplatz hat sie natürlich im Zivilprozeß, da dort der Interessenstreit unmittelbar ausgetragen wird. Ihr Anwendungsgebiet aber nur in den Prozeß verlegen, heißt sie mit der römischen exceptio gleichstellen.

Die Einreden lassen sich nach zwei Hauptgesichtspunkten einteilen:

a) Betrachtet man sie, wie sie im Rechtsverhältnis zu ihrer näheren Umgebung in Erscheinung treten, so kann man selbständige und unselbständige Einreden unterscheiden.[5]) Die unselbständigen konkurrieren mit einem Anspruch; sie beruhen auf dem gleichen

---

[1]) Anderseits ist nicht zu verkennen, daß auch der „dingliche" Anspruch aus der Hypothek eine Obligation darstellt: Er geht gegen eine bestimmte Person, den Grundstückseigentümer. Insofern könnte man auch hier von Leistung sprechen. Vergl. §§ 194, 241. Heck III § 32. Wie Wolff: Enneccerus I § 207 I; Lehmann § 14 I S. 86; v. Tuhr I § 17 S. 310: „Quasieinreden".

[2]) Z. B. Lehmann S. 86; Siber HdWRW II S. 192; v. Tuhr I S. 288 f. Enneccerus I § 207 I; Oertmann Vorbem. B 1 vor § 194; Eißer a. a. O. S. 812. — Gegen die Rechtsnatur der Einrede: Kohler I S. 189; Henle S. 354.

[3]) Oertmann Vorbem. D 2 b γ vor § 194. Lehmann § 12 I S. 74, § 14 I 3 S 88; Enneccerus I § 66 I 3 a; Walsmann S. 116; Zitelmann S. 28, 29; Langheineken S. 43; Seckel S. 216; Hölder Kom. S. 405; Hellwig, a. a. O. S. 10; Quilitz a. a. O. S. 67.

[4]) Für außergerichtliche Geltendmachung: Planck I Vorbem. 6 vor § 194 S 508; Oertmann Vorbem. B 2 vor § 194; Lehmann S. 88; v. Tuhr I S. 297, Langheineken S. 341; Crome I S. 184; Kohler I S. 190; Cosack § 74 d I 2; Staudinger § 222, 4; Suppes S. 38; Graeffner S. 6 f. — A. A. (prozeßrechtliche Theorie) -- Biermann I § 37 Ziff. 1, § 102 Ziff. 1; Endemann I § 88 Anm. 29; Zitelmann I S. 29; Friedenthal S. 62 f.; Schneider in Iherings J. 51, 29; Wendt Arch. 92, 151.

[5]) v. Tuhr I S. 299; Oertmann I S. 307; Eißer a. a. O. II S. 813; Planck-Siber § 305 II 1 c δ.

Tatbestand, dem auch ein Anspruch erwächst (z. B. §§ 320, 478, 821, 853). Sie sind von diesem Anspruch abhängig, können nur solange geltend gemacht werden, wie auch der Anspruch erfolgreich durchgesetzt werden kann. Ausnahmen bilden z. B. die Einreden der §§ 478, 490, 821, 853, die auch noch vorgebracht werden können, wenn dieser Anspruch verjährt ist. Einreden, denen die Eigenschaft der Abhängigkeit fehlt, nennen wir selbständige z. B. §§ 222, 519.[1])

b) Hat man die Wirkung der Geltendmachung im Auge, so unterscheidet man nach altem Brauch zwischen dauernden und aufschiebenden Einreden. Die aufschiebenden stehen der Geltendmachung des Anspruchs nur zeitweise entgegen (z. B. Einrede der Stundung). Die dauernden lähmen den Anspruch für alle Zeit (z. B. Einrede der Verjährung), sie nehmen dem Anspruch „allen praktischen Wert".[2]) Nichtsdestoweniger ist die dauernd einredebehaftete Schuld keine Nichtschuld. Die Einrede greift die Existenz des Anspruchs nicht an, richtet sich vielmehr nur gegen seine Durchführung. Der Schuldner, dem ein Einrederecht zur Verfügung steht, bleibt Schuldner. Er ist weiterhin zu einer Leistung verpflichtet. Der römisch-rechtliche Satz: desinit debitor esse is, qui nanctus est exceptionem iustam[3]) gilt im BGB. nicht. Im BGB. bleibt die einredeentkräftete Forderung eine vollgültige Forderung.[4])

Siber unterscheidet der Wirkung nach eine dritte Gruppe.[5]) Er nennt sie „anspruchändernde" Einreden und faßt darunter die Einreden zusammen, deren Geltendmachung im Prozeß nicht Klageabweisung schlechthin zur Folge hat, sondern unter irgend einer Beschränkung zur Verurteilung des Schuldners führt. Hierhin gehören die Einreden, deren Geltendmachung eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug gegen Empfang der Gegenleistung (§§ 274, 322) oder gegen Empfang der Sicherheitsleistung (§§ 258, 811) zur Folge hat. Zu dieser Gruppe zählen weiter die Einreden der Haftungsbeschränkung (§§ 1990, 1992, 1973, 2014 f.[6]), durch die ein Vorbehalt der Haftungsbeschränkung im Urteil erreicht wird. Die noch herrschende Lehre rechnet diese Einreden zu den aufschiebenden (z. B. Weigerungsrecht bis zur Bewirkung der Gegenleistung in § 320).

Es gibt noch andere Einteilungen der Einreden, z. B. eine solche in persönliche und unpersönliche.[7])

§ 4. Der Einredeverzicht.

Nachdem wir den Begriff der Einrede kurz geklärt haben, gelangen wir zu der Erkenntnis, daß es grundsätzlich einen Verzicht auf die Einrede geben muß. Wir sahen, daß die Einrede ein Recht

[1]) Vergl. im übrigen bei der Besprechung der einzelnen Tatbestände im II. Abschnitt, besonders § 10 Ziff. 1, § 11.
[2]) Lehmann § 14 II 2.
[3]) D. 50. 17, 66.
[4]) Quilitz S. 26, 27; Rech S. 26; Kipp-Windscheid I § 43 S. 188.
[5]) HdWRW II S. 192; Planck-Siber § 273, 1 c.
[6]) Bezüglich letzterer Vorschrift vergl. jedoch unten § 8 Ziff. 2.
[7]) Eißer, a. a. O. II S. 813.

darstellt. „Aus der Auffassung des Rechts als Willensmacht ergibt sich die grundsätzliche Zulässigkeit des Verzichts."[1]) Gegenstand des Verzichts ist also auch das Einrederecht. Der Rechtscharakter der Einrede wird nur von wenigen geleugnet.[2]) Aber auch diese können sich der Tatsache nicht verschließen, daß die Einrede dem Schuldner einen Vorteil gewährt. Der Schuldner muß, wenn er will, auf diesen Vorteil verzichten können.

Man kann sich der grundsätzlichen Möglichkeit eines Einredeverzichts schon deshalb nicht widersetzen, weil das Gesetz den Einredeverzicht in den §§ 239, 768 II, 1137 II, 1211 II ausdrücklich erwähnt. Z. B. lautet § 768 II: „Der Bürge verliert eine Einrede nicht dadurch, daß der Hauptschuldner auf sie verzichtet."

Die Interessenverschiebung beim Einredeverzicht ist folgende: Das Schutzmittel, das dem Schuldner im Widerstreit seiner Interessen mit denen des Gläubigers aus Billigkeitserwägungen heraus in die Hand gegeben worden ist, fällt infolge freiwilliger Aufgabe durch den Schuldner fort. Darin liegt eine Begünstigung der Gläubigerinteressen. Der Einredeverzicht geschieht durch den Schuldner unter Hintanstellung eigener Interessen zum Vorteil des Gläubigers.

Die Einredetatbestände im BGB. sind nun so mannigfacher Natur, daß trotz grundsätzlicher Bejahung einer Möglichkeit des Einredeverzichts Einzeluntersuchungen der Frage unerläßlich sind, ob bei *jeder* Einrede ein Verzicht zulässig ist. Oeffentlich-rechtliche, soziale oder Erwägungen der Billigkeit könnten im Einzelfalle einen Verzicht verbieten.[3]) Wir werden diese Frage nicht lösen können, ohne bei den einzelnen Einreden (in Kategorien zusammengefaßt) ihre Stellung innerhalb des Rechtsverhältnisses, insbesondere die Wirkung ihres Fortfalls zu prüfen.

II. Abschnitt.
Die Einreden im einzelnen unter Berücksichtigung ihrer Stellung innerhalb des Rechtsverhältnisses und ihrer Verzichtbarkeit.

§ 5. Vorbemerkung: Der Einredeverzicht „im voraus".

Eine Vorfrage ist die, ob wir die Möglichkeit eines Einredeverzichts bereits *vor* Entstehung der Einrede ins Auge fassen müssen. Gibt es einen antizipierten Einredeverzicht? Diese Frage muß unter gewissen Einschränkungen grundsätzlich bejaht werden. Man spricht in diesen Fällen von einem „Verzicht im voraus". Dieser antizipierte Einredeverzicht enthält kein abgeschlossenes Verzichtsgeschäft, sondern nur einen Teil eines solchen, nämlich die Willenserklärung

[1]) v. Tuhr II, 1 § 54 VI S. 266; Walsmann S. 66.
[2]) Vergl. S. 5 Anm. 2.
[3]) Eccius S. 7 Ziff. 3.

des Einredeanwärters. Eine Verzichtswirkung kann nämlich nicht eintreten, bevor die Einrede tatsächlich entstanden ist. Aber es steht nichts im Wege, daß sich zwischen Verzichtserklärung und Verzichtswirkung eine gewisse Zeit schiebt. Voraussetzung ist nur, daß das Entstehen der Einrede bestimmt oder wenigstens bestimmbar ist. Gelangt dann die Einrede zur Entstehung, so fällt sie sogleich auf Grund der vorangegangenen Verzichtserklärung wieder fort.[1]) Nach anderer Ansicht kann man auch „verzichten da, wo man noch kein Recht hat, dann verhindert man den Rechtserwerb."[2])

Nach Walsmann ist vom antizipierten Verzicht zu unterscheiden der Verzicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung[3]), für den Voraussetzung die Existenz des Rechts, also der Einrede ist. Ich kann mir aber den Fall denken, daß jemand in der Ungewißheit über das Entstehen der Einrede auf diese verzichtet, „für den Fall, daß sie zur Entstehung gelangen sollte." Dann handelt es sich nach Walsmann um keinen Verzicht, denn für einen bedingten Verzicht fehlt es an der Existenz des Rechts, für einen antizipierten an der Bestimmtheit seiner Entstehung. Die Frage soll im Rahmen der Arbeit nicht entschieden werden. Für uns genügt die Feststellung, daß es einen Verzicht im voraus gibt, den wir bei den einzelnen Einreden ins Auge fassen müssen. Wir werden ihn indes nur dort untersuchen, wo an seiner Zulässigkeit Zweifel bestehen.[4])

§ 6. Die Einreden im Recht der Schuldverhältnisse.

Im II. Buch des BGB. treten uns die Leistungsverweigerungsrechte in großer Anzahl entgegen. Sie begegnen uns in den §§ 258, 273, 320, 321, 478, 490, 519, 526, 529, 633, 660, 770, 771, 811, 821, 853.[5]) Die im allgemeinen Teil des BGB. behandelte Einrede der Verjährung soll ebenfalls in diesem Zusammenhang Berücksichtigung finden, soweit sie sich gegen schuldrechtliche Ansprüche richtet.[6]) Auch die Einrede der Stundung, erwähnt in § 202, wird hier zu behandeln sein.

Trotz der mannigfachen Abweichungen der einzelnen Einredetatbestände lassen sich gewisse Gruppierungen vornehmen. So gibt es Einreden der mangelnden Sicherheitsleistung, des Zurückbehaltungsrechts, des Notbedarfs, des Bürgen, die verwandte Beziehungen aufweisen. Verwandt sind auch die Einreden aus den §§ 478, 490, 821, 853. Insoweit werden sich Zusammenfassungen ermöglichen lassen.

Im folgenden sollen die einzelnen Tatbestände zunächst dargelegt werden. Dann wird es für spätere Untersuchungen von Wichtigkeit sein, darauf zu achten, welche Stellung die Einrede innerhalb des einzelnen Schuldverhältnisses einnimmt, insbesondere, wie

---

[1]) Walsmann S. 213.
[2]) Cohn S. 251 f.
[3]) a. a. O. S. 212.
[4]) Vergl. im übrigen den Abschnitt: Abgrenzung des Einredeverzichts, unten § 13.
[5]) Die Aufzählung soll nicht erschöpfend sein. Langheineken macht den Versuch einer erschöpfenden Aufzählung S. 291 f.
[6]) Vergl. im übrigen unten § 7 Ziff. 1 d.

sich ihr Fortfall durch Verzicht auswirkt. Dabei wird sich dann zeigen, ob bei den einzelnen Einreden ein Verzicht überhaupt ohne Verletzung zwingenden Rechts möglich ist.

1. Die Einreden mangelnder Sicherheitsleistung §§ 258, 811.

a) § 258: In den Fällen, in denen jemandem gestattet ist, von einer herauszugebenden Sache eine Einrichtung wegzunehmen — z. B. in den Fällen der §§ 547 II, 581 II, 601 II, 997 I u. a. —, kann der, dem der Herausgabeanspruch zustand, wenn er den Besitz der Sache bereits erlangt hat, die Gestattung der Wegnahme verweigern, bis ihm für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden Sicherheit geleistet wird. Es besteht also ein Einrederecht, das auf der Erwägung beruht, daß die Kostenerstattungspflicht letzten Endes dem Wegnahmeberechtigten zur Last fällt. Demjenigen, dem das Gesetz die Duldung der Wegnahme auferlegt, soll nicht zugemutet werden, seine Sache der Beschädigung oder Zerstörung auszusetzen in der Ungewißheit, ob der andere zur Ausbesserung oder Instandsetzung in der Lage ist. Es handelt sich im Falle ihrer Ausübung um eine aufschiebende, nach Siber um eine anspruchändernde Einrede.

§ 258 gibt uns allein keine Handhabe, die Einrede näher zu untersuchen. Die Vorschrift gewinnt erst Bedeutung im Zusammenhang mit einer der Gesetzesstellen, die ein Wegnahmerecht der in § 258 gemeinten Art aussprechen.[1]) Als Beispiel diene im folgenden der § 547 Abs. II, Satz 2: „Der Mieter ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, wegzunehmen."

Wenn A und B einen Mietvertrag schließen, dann entsteht zwischen beiden aus diesem Vertrag ein Schuldverhältnis.[2]) Die Parteien treten damit in ein bestimmtes Verhältnis zueinander. Dieses Verhältnis drückt sich in den Beziehungen aus, die zwischen den Beteiligten bestehen: Der Vermieter ist verpflichtet, den Gebrauch der Mietsache zu gewähren; der Mieter hat den Mietzins zu entrichten; ist die Mietsache mangelhaft, so sind unter Umständen die Mängel zu beseitigen; unter Umständen ist vom Vermieter Schadensersatz zu entrichten; bei Verzug des Vermieters darf der Mieter unter Umständen kündigen, mitunter darf er vom Vertrag zurücktreten; der Mieter darf nicht ohne weiteres untervermieten; nach Ablauf der Mietzeit hat er die Sache zurückzugeben, usw. Wir finden also auf beiden Seiten Verpflichtungen, auf beiden Seiten bestehen Ansprüche, beiden Teilen stehen Gestaltungsrechte zu (Kündigung). Auf diese Weise wirken sich die Beziehungen zwischen A und B aus. Diese Beziehungen machen den Inhalt des Schuldverhältnisses aus.[3]) Bestimmend für das Verhältnis von A und B zueinander sind nun ebenfalls das Wegnahmerecht aus § 547 und

[1]) Planck-Siber § 258, S. 116.
[2]) Vergl. die Ueberschrift vor § 305: „Schuldverhältnisse aus Verträgen", sowie § 305 selbst.
[3]) Kreß S. 25 Ziff. 3.

mit diesem Recht die Folgen aus § 258. Die hier besprochene Einrede gehört also gleichfalls zum Inhalt des Schuldverhältnisses; denn auch sie charakterisiert das Verhältnis, die Beziehungen zwischen A und B.

Wie aus dem Mietverhältnis die eben aufgezählten Ansprüche [1]) und das Kündigungsrecht (ein Gestaltungsrecht) hervorgehen, so entspringt aus ihm auch die Einrede mangelnder Sicherheitsleistung. Das Schuldverhältnis ist die Quelle, die lebendige Kraft, — die Ansprüche und Einreden sind die Abflüsse, Lebensäußerungen des Schuldverhältnisses. [2])

Fällt nun ein Anspruch oder eine Einrede (oder ein anderes Gestaltungsrecht) fort, so bleibt das Schuldverhältnis, hier das Mietverhältnis, unberührt. Kreß [3]) meint bildhaft, „auf den Bestand der Quelle sei das Schicksal ihrer Abflüsse ohne Einfluß". So bleibt zum Beispiel das Mietverhältnis bestehen, wenn der Anspruch auf Ueberlassung der Mietsache deshalb nicht mehr existiert, weil die Mietsache zurückgegeben worden ist; dieses Mietverhältnis kann neue Rechte erzeugen, z. B. unsere Einrede, die ja überhaupt dann erst zur Entstehung gelangt, wenn das Geschäft sich fast abgewickelt hat, nämlich wenn die Mietsache schon wieder in die Hände des Vermieters zurückgelangt ist. Es läßt sich schwerlich leugnen, daß durch den Fortfall eines Anspruchs oder einer Einrede die Beziehungen der Beteiligten andere werden und das obligatorische Verhältnis sich inhaltlich ändert, unbeschadet seiner Identität mit dem ursprünglichen Schuldverhältnis. [4]) Durch den Fortfall der Einrede, — mag es sich um einen noch so unwesentlichen Nebenpunkt handeln —, bekommt das Mietverhältnis ein verändertes Gesicht. Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß der Fortfall der Einrede aus § 258 das Schuldverhältnis, aus dem sie entsprungen ist, inhaltlich verändert.

Die Einrede ist jedoch dem zugrundeliegenden Schuldverhältnis nicht wesentlich. Sie kann fortfallen, oder ihre Entstehung kann verhindert werden, ohne daß damit das zugrundeliegende Schuldverhältnis ein Wesensmerkmal verliert. Die Parteien können grundsätzlich auf Grund ihres Dispositionsvermögens im Recht der Schuldverhältnisse diese nach ihrem Belieben ausgestalten. Nichts steht im Wege, bei Vertragsschluß diese Einrede für die Zukunft auszuschließen, also die Beziehungen so zu gestalten, daß die Einrede nicht zur Entstehung gelangt; [5]) nichts hindert auch, das Verhältnis nachträglich dergestalt zu ändern, daß die Einrede wieder fortfällt.

Auch ein Verzicht auf die Einrede ist möglich. Beim Verzicht handelt es sich um den Fall, daß nur eine Partei, und zwar der Einredeberechtigte, den Einredefortfall *erstrebt*. Der Einredever-

---

[1]) Gegen eine Unterscheidung von Schuldverhältnissen und Ansprüchen: Heck II § 1, 1 b

[2]) Vergl. Kreß S. 25; Oertmann II S. 2; Planck-Siber Einl. S. 13 f. — Gegen den bildhaften Vergleich: Enneccerus II § 1 Anm. 3.

[3]) a. a. O. S. 27

[4]) Enneccerus II § 42 II S. 148.

[5]) Vergl. unten § 13.

zicht hat, da durch ihn die Einrede zum Fortfall kommt, die oben dargelegte Aenderung des Inhalts des Schuldverhältnisses zur Folge. Ob deshalb ein vertraglicher Einredeverzicht nötig ist (vergl. § 305), wird später zu prüfen sein.

b) Ein ähnlicher Einredetatbestand wie der des § 258 bietet sich uns in § 811 II. Der Besitzer kann die Vorlegung einer Sache verweigern, bis ihm der andere Teil die Kosten vorschießt oder wegen der Gefahr Sicherheit leistet. Es gelten die bei § 258 niedergelegten Grundsätze. Aus dem im 23. Titel des II. Buches behandelten Schuldverhältnis entstehen Vorlegungsanspruch und Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung. Das Schuldverhältnis wird inhaltlich umgestaltet, wenn die Einrede fortfällt. Denn die Beziehungen der Beteiligten zueinander werden andere: Nach Einredefortfall könnte der eine Teil Vorlegung verlangen, selbst wenn er zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage wäre. Ein Verzicht auf das Schutzrecht ist mit der Wirkung einer inhaltlichen Aenderung des Schuldverhältnisses möglich.

2. Die Einreden des Zurückbehaltungsrechts und des nicht erfüllten Vertrages. §§ 273, 320.

Die §§ 273, 320 gewähren dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht: Es entstehen also echte Einreden im Sinne des BGB.[1]) Der Grund für die Entstehung dieser Einreden ist darin zu suchen, daß die Beteiligten in einem besonders engen Verhältnis zueinander stehen, indem nämlich jedem gegen den andern aus demselben rechtlichen Verhältnis ein Anspruch zusteht.[2]) Allerdings ist das Verhältnis in § 273 loser als in § 320. § 273 ist die weitere Vorschrift, § 320 bildet eine lex specialis. Während § 273 ein Zurückbehaltungsrecht „mit minderer Strenge" (Cosack) enthält, handelt es sich in § 320 um ein „verschärftes" (Oertmann) Zurückbehaltungsrecht. Herrschende Lehre ist es,[3]) daß die Einrede aus § 320 eine Unterart der Einrede aus § 273 darstellt.

Voraussetzung für § 273 ist die sogenannte Konnexität, ein natürlicher wirtschaftlicher Zusammenhang, ein innerlich zusammengehöriges Lebensverhältnis (Reichsgericht), sodaß es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der eine Anspruch ohne Rücksicht auf den anderen geltend gemacht würde.[4]) Das Zurückbehaltungsrecht des § 320 beruht auf dem gegenseitigen Schuldverhältnis, auf den synallagmatischen Verpflichtungen; „es soll die Unbilligkeit verhindern, die in dem Verlangen der Vorleistung liegt."[5]) Abgesehen davon, daß der Zusammenhang der beiderseitigen Ansprüche in § 320 ein festerer ist als beim gewöhnlichen Zurückbehaltungsrecht des § 273, bestehen nur geringe Unterschiede.[6])

---

[1]) v. Tuhr I § 17 V 2 S. 300; Planck-Siber § 273, 1 b; § 320, 1 a.
[2]) Vergl. über die Interessenlage Heck II § 8, 2.
[3]) Staudinger § 273 II, 1; Enneccerus II § 25 Anm. 2.
[4]) Warneyer I § 273 II.
[5]) Enneccerus II § 25 Anm. 2.
[6]) Z. B. bei § 320 keine Abwendung durch Sicherheitsleistung.

Beide Einreden entspringen einem zugrundeliegenden Schuldverhältnis: Die Einrede aus § 273 dem Schuldverhältnis, aus dem auch „der fällige Anspruch gegen den Gläubiger" des konnexen Verhältnisses erwächst; die Einrede aus § 320 hat ihren Ursprung in dem aus dem gegenseitigen Vertrag entstandenen Schuldverhältnis. Ein Kaufverhältnis erzeugt z. B. die Einrede des nichterfüllten Vertrages neben anderen Einreden, neben Haupt- und Nebenansprüchen, neben Gestaltungsrechten. Diese Einreden tragen zur Charakterisierung des Verhältnisses bei. Auch in ihnen äußern sich die Beziehungen der Beteiligten zueinander.

Nicht etwa sind also diese Einreden nur Aeußerungen oder Funktionen der konnexen oder gegenseitigen Ansprüche. Die Ansprüche und Einreden stehen logisch selbständig nebeneinander, entsprungen der gleichen Quelle.[1]) Nur ein Schuldverhältnis kann Einreden hervorrufen, nicht ein Anspruch. Oertmann betont,[2]) jedes Schuldverhältnis besitze die Fähigkeit, außer dem Anspruch eine Einrede hervorzurufen, z. B. die des § 273.[3]) Allerdings sind diese Einreden der §§ 273, 320 von einem Anspruch abhängig. Das Schuldverhältnis nämlich, aus dem Anspruch und Einrede hervorgehen, löst die Einrede nur insoweit aus, als es auch einen Anspruch hervorgerufen hat.[4]) Diese Einreden sind akzessorisch an den Anspruch angeknüpft. Das zugrundeliegende Schuldverhältnis kann nämlich der Einrede nur jeweils die Kraft verleihen, die auch dem Anspruch innewohnt. Fällt also beispielsweise der Anspruch auf die Gegenleistung fort, so kann auch im Wege der Einrede die vom anderen Teil verlangte Leistung nicht mehr bis zur Zug-um-Zugerfüllung verweigert werden. Trotz dieser Abhängigkeit vom Anspruch bleibt doch der grundlegende Unterschied zwischen Anspruch und Einrede bestehen. Es ist nicht etwa so, als wäre Geltendmachung der Einrede nichts weiter als Verfolgung des Anspruchs in defensiver oder negativer Form. Macht z. B. jemand dem Anspruch des Gegners gegenüber die Einrede des nichterfüllten Vertrages geltend, so läßt sich doch wirklich nicht behaupten, daß er nun mit Geltendmachung der Einrede positiv die Gegenleistung verlange. Es ist doch denkbar, daß er auf die Gegenleistung gar keinen Wert legt, vielmehr nur die Einrede vorschützt, um selbst nicht leisten zu müssen. Zitelmann hat Unrecht, wenn er[5]) in der Einrede nur die defensive Geltendmachung des Anspruchs sieht. Langheineken[6]) hält darum auch Formulierungen Zitelmanns wie „einredbarer Anspruch" und „der Anspruch ist hier zugleich ein Einrederecht" für „nicht ganz unbedenklich." „Vielmehr bedeutet die Einrede rein negativ, daß der Gegner seine eigene Leistung solange verweigert, als nicht Zug um Zug auch die

[1]) Ueber den selbständigen Charakter der Einrede aus § 320: Planck I § 222, 3 c; Regelsberger, Iherings J. 41, 330.
[2]) II S. 3.
[3]) So auch Kreß S. 25.
[4]) Oertmann Vorbem. B 1 vor § 194.
[5]) a. a. O. S. 31.
[6]) a. a. O. S. 283 Anm. 3.

Gegenleistung bewirkt wird."[1]) Auch in diesen Fällen ist die Einrede wie immer bloßes Gegenrecht, hier allerdings insofern abhängiges Gegenrecht, als der Einredetatbestand sich mit dem Anspruchstatbestand deckt. Das Einrederecht erschöpft sich in dieser Gegenwirkung, jegliches aggressive Moment ist ihm fremd. Der Ausdruck „rechtsverfolgende Einrede" sollte vermieden werden. Die Rechtsverfolgung verträgt sich nicht mit dem Wesen der Einrede.[2])

Gibt es einen Verzicht auf die Einreden aus § 273 und § 320?

a) Aus § 273 selbst: „Sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt", folgt, daß das Zurückbehaltungsrecht ein ius dispositivum darstellt, daß es also bei Vertragsschluß auf Grund der Vertragsfreiheit oder auch nachträglich ausgeschlossen werden kann. Der Ausschluß erfolgt auch manchmal auf Grund des § 242.[3]) Auch der Einredeberechtigte kann den Fortfall des Zurückbehaltungsrechts bewirken, indem er auf die Einrede verzichtet.[4])

Der Einredefortfall bewirkt eine Aenderung des Inhalts des Schuldverhältnisses, indem sich durch ihn die Parteibeziehungen ändern. Denn nach Einredefortfall ist der andere Teil in der Lage, seinen Anspruch ohne Zug-um-Zugerfüllung seiner eigenen Leistung durchzusetzen. Die Position des Einredeberechtigten wird durch den Einredeverzicht geschwächt. Also hat sich das Verhältnis der Beteiligten inhaltlich verändert.

b) Ohne weiteres die Grundsätze des § 273 auf § 320, die Einrede des nichterfüllten Vertrages, zu übertragen, geht nicht an. Denn § 320 bildet gegenüber § 273 eine lex specialis.

Walsmann[5]) führt aus, diese Einrede gehöre so sehr zum Wesen des Schuldverhältnisses, daß dieses ein ganz anderes werde, wenn die Einrede fortfalle. Ein Verzicht genüge zu ihrer Aufhebung nicht. Gemäß § 305 sei ein nachträglicher, inhaltändernder Vertrag erforderlich, der seinem Wesen nach nicht unter den Begriff des Verzichts zu stellen sei. Wir werden zu prüfen haben, ob die Einrede des nichterfüllten Vertrages für den gegenseitigen Vertrag wesentlich, ob mit anderen Worten der Vertrag nach Einredefortfall noch ein gegenseitiger ist; ist bei Wahrung des Grundsatzes der Gegenseitigkeit ein solcher Fortfall denkbar, so muß auch ein Verzicht möglich sein.

Ist die Einrede des nichterfüllten Vertrages ein Wesensmerkmal des gegenseitigen Vertrages? Jedenfalls ist klar, daß sie enger mit dem Schuldverhältnis, dem sie entspringt, verknüpft bleibt als andere dem Schuldverhältnis erwachsende Einreden, z. B. die der Wandlung. Auch muß man zugeben, daß diese Einrede nur aus der Eigenart des gegenseitigen Vertrages zu erklären ist: Sie besteht nämlich nur deshalb, weil jeder Beteiligte dem anderen gegenüber aus demselben Schuldverhältnis verpflichtet und gleichzeitig be-

[1]) Cosack S. 369 II 2.
[2]) Vergl. hierüber zusammenfassend § 11.
[3]) Vergl. Oertmann § 273, 4 a; Enneccerus II § 25 Anm. 5; Kreß S. 572, c.
[4]) Staudinger § 273 I 1 b; Planck-Siber § 273, 2 a S. 174; RGKom. § 273, 1 b; Crisolli HdWRW VI S. 1059.
[5]) a. a. O. S. 119, S. 238.

rechtigt ist. Es wäre unbillig, wenn die Gegenseitigkeit sich nicht im allgemeinen in einer Zug-um-Zugerfüllung ausdrücken würde.[1]) Diese Zug-um-Zugerfüllung läßt sich durch Geltendmachung der Einrede erreichen. — Anderseits ist aber zu beachten, daß ein Kauf mit Vorleistungspflicht des einen Teils auch ein gegenseitiger Vertrag ist. Haben die Parteien einen Kaufvertrag, bei dem eine Vorleistungspflicht nicht vereinbart war, erfüllt, so sind die beiderseitigen Ansprüche und mit ihnen die von ihnen abhängigen Einreden des nichterfüllten Vertrages untergegangen. Das Schuldverhältnis bleibt trotzdem ein gegenseitiges; Wandlungsanspruch und Wandlungseinrede entstehen aus dem noch bestehenden gegenseitigen Schuldverhältnis. Zum Wesen des gegenseitigen Vertrages gehört also die Einrede des nichterfüllten Vertrages nicht.

Die Frage ist nur, ob der Einredefortfall, da er die Zug-um-Zugerfüllung bedroht, beim normalen gegenseitigen Vertrag (ohne Vorleistungspflicht) aus dem Grundsatz der Billigkeit heraus ausgeschlossen werden muß. Sie wäre unbedingt zu bejahen, wenn wir es hier nicht mit einem bloßen Kannrecht, mit einer Einrede, zu tun hätten, deren Geltendmachung die Zug-um-Zugerfüllung herbeiführt. Wird dieses Recht nämlich nicht vorgebracht, so hat der Richter es nicht zu beachten und muß zur Leistung schlechthin verurteilen. In diesem Falle werden keine Billigkeitserwägungen angestellt. Es liegt allein in der Macht des Einredeberechtigten, ob es zur Zug-um-Zugerfüllung kommt oder nicht. Es wäre widersinnig, wollte man unter diesen Umständen den Einredeverzicht für unzulässig halten. Die Möglichkeit des Verzichts liegt im Wesen der als Kannrecht ausgestalteten Einrede begründet.[2])

Der Einredeverzicht bewirkt, wie bei der Einrede des Zurückbehaltungsrechts, eine inhaltliche Aenderung der Parteibeziehungen, des Schuldverhältnisses (siehe a).

Ueber den Unterschied dieser Einredeverzichte vom Erlaß vergl. unten § 11.

3. Die Einreden auf Grund des Schenkungsverhältnisses. §§ 519, 529, 526.

a) § 519: Diese Vorschrift enthält eine Einrede des Notbedarfs. Der Schenker kann die Erfüllung des Schenkungsversprechens verweigern, soweit er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, das Versprechen ohne Gefährdung seines standesgemäßen Unterhalts oder der ihm gesetzlich obliegenden Unterhaltspflichten zu erfüllen. Die Einrede entsteht mit der bezeichneten Notlage und entspringt dem zugrundeliegenden Schuldverhältnis, dem Schenkungsversprechen.

Nach Enneccerus kann auf diese Einrede nicht verzichtet werden, „da sie Schutz gegen Not gewähren soll".[3]) Jedenfalls wird mit

[1]) Enneccerus II § 25 II.
[2]) Vergl. unten § 10 und § 13.
[3]) II § 122 I 7.

Recht angenommen, daß ein Verzicht im voraus[1]) unwirksam sei, denn das widerspräche dem sozialen Charakter der Vorschrift.[2]) Da aber das Gesetz in diesen Fällen der Not nur ein Kannrecht, eine Einrede, einräumt, mithin also nicht zwingend in die Rechtslage eingreift, dies vielmehr dem Einredeberechtigten in vollem Umfange selbst überläßt, muß ein Verzicht auf die entstandene Einrede möglich sein; ebenso wie es möglich ist, daß der Berechtigte sich auf die Einrede garnicht beruft, also dann trotz seiner Notlage zur Erfüllung des Schenkungsversprechens verurteilt wird. Der sozialen Tendenz der Vorschrift ist genügt, wenn die Einrede zur Entstehung gelangt und geltend gemacht werden kann.

b) § 529: Umstritten ist die Frage, ob es sich hier überhaupt um Einreden handelt. Aus der Wendung des Gesetzes „der Anspruch ist ausgeschlossen" möchte man auf eine Einwendung schließen.[3]) Doch enthält diese Vorschrift nach richtiger Ansicht[4]) drei Einreden, nämlich:

1) Die Einrede des eigenen Verschuldens des Schenkers,
2) die Einrede des Fristablaufs,
3) die Einrede der eigenen Bedürftigkeit des Beschenkten.

Die Begründung Plancks ist einleuchtend: Der Absatz II entspreche dem § 519, und für Absatz I dürfe nichts anderes gelten wie für Absatz II.

Wenn es sich um Einreden handelt, so sind die des Absatz I (1. und 2.) ohne weiteres verzichtbar. Für die zu 3) gilt die Beschränkung des Einredeverzichts bei § 519 (vergl. a). Diese Einreden entspringen unter den Voraussetzungen des Verschuldens, des Fristablaufs und der Bedürftigkeit dem Schenkungsverhältnis.

c) § 526: Bei einer Schenkung unter Auflage ist der Beschenkte berechtigt, die Vollziehung der Auflage zu verweigern, soweit infolge eines Mangels im Rechte oder eines Mangels der verschenkten Sache der Wert der Zuwendung die Höhe der zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen nicht erreicht. Und zwar besteht dieses Leistungsverweigerungsrecht so lange, bis der durch den Mangel entstandene Fehlbetrag ausgeglichen wird (aufschiebende Einrede).

Man bezeichnet richtig die Schenkung unter Auflage als ein einheitliches Rechtsgeschäft, ohne einen Unterschied zu machen zwischen einem entgeltlichen und einem unentgeltlichen Teil. Es handelt sich um eine wahre Schenkung: Nur wird nicht ein Gegenstand schlechthin, sondern unter Auflage zugewandt.[5]) Diesem besonders eigenartigen Schuldverhältnis entspringt unsere Einrede. Sie gehört zum Inhalt des Schuldverhältnisses. Ein Verzicht auf sie ist denkbar. —

In sämtlichen zu a) bis c) besprochenen Fällen bewirkt der Einredeverzicht eine Aenderung des Inhalts des Schuldverhältnisses,

---

[1]) Vergl. oben § 5.
[2]) Z. B. Walsmann S. 244; Oertmann § 519, 3; Planck § 519, 1.
[3]) So Endemann in allen drei Fällen: a. a. O. § 166 Anm. 16; in den Fällen des Abs. I auch Oertmann § 529, 1 b; Enneccerus II § 122 Anm. 12.
[4]) Planck II 2 § 529, 2 a — c; Staudinger § 529, 2; RGKom. zu § 529, 1.
[5]) Enneccerus II § 125 II; RGZ. 60, 238 f.

da infolge der veränderten Machtverteilung die Parteibeziehungen andere geworden sind.

4. Die Einreden aus den §§ 321, 633, 660.

a) § 321: Der aus einem gegenseitigen Vertrag Vorleistungspflichtige hat ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn sich nach Abschluß des Vertrages die Vermögensverhältnisse des anderen Teils wesentlich verschlechtern. Dieses Recht ist begründet in der Gefährdung des Gegenanspruchs. Es entsteht mit der objektiven Vermögensverschlechterung. Die Einrede entspringt dem zugrundeliegenden gegenseitigen Schuldverhältnis, aus dem auch die Ansprüche und andere Einreden (z. B. die aus den §§ 320, 478) erwachsen. Diese Einrede ist nicht, wie die des § 320, akzessorisch mit einem Anspruch verknüpft, sie *sichert* vielmehr nur einen gefährdeten Anspruch. Hier decken sich Einrede- und Anspruchstatbestand nicht. Das folgt ohne weiteres aus der Verpflichtung zur Vorleistung, die in § 321 vorausgesetzt wird. Der Gegenanspruch ist noch gar nicht fällig, kann also noch gar nicht geltend gemacht werden. Es handelt sich allerdings auch hier um einen besonderen Schuldnerschutz, der in der Eigenart des gegenseitigen Vertrages seinen Grund hat.

Auf diese Einrede kann verzichtet werden. Es ist denkbar, daß bei Abschluß des gegenseitigen Vertrages diese Einrede ausgeschlossen wird. Das entspricht der Vertragsfreiheit des BGB.[1]) Ein Verzicht liegt dann nicht vor.[2]) Aber auch *nachträglich* läßt sich diese Einrede entfernen (echter Verzicht). Durch ihren Wegfall ändert sich der Inhalt des zugrundeliegenden Schuldverhältnisses: Die Machtverteilung wird eine andere, und damit ändern sich die Beziehungen der Beteiligten zueinander.

b) § 633: Ist der Unternehmer nach § 633 I, II S. 1 zur Beseitigung eines Mangels des Werks verpflichtet, so kann er gemäß Abs. II S. 2 die Beseitigung verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Die Einrede entspringt dem Schuldverhältnis aus Werkvertrag. So wie der Unternehmer trotz des unverhältnismäßigen Aufwands dem Beseitigungsbegehren entsprechen kann, kann er auch auf die Einrede verzichten, ändert aber damit inhaltlich sein Verhältnis zum Besteller, das Schuldverhältnis.

c) § 660: Der Auslobende hat die ausgesetzte Belohnung gemäß § 660 nach billigem Ermessen zu verteilen, falls mehrere zu dem Erfolge mitgewirkt haben. Erkennt einer der Beteiligten diese Verteilung nicht als verbindlich an, so hat der Auslobende bis zur Austragung des Streits ein Leistungsverweigerungsrecht, eine aufschiebende Einrede. Der Streit wird unter den Beteiligten im Wege der Feststellungsklage ausgetragen. Auf Verlangen ist der Auslobende zur Hinterlegung für alle verpflichtet, ohne daß ihm eine Einrede zusteht.

Die Tendenz des Gesetzes geht also dahin, möglichst vor Austragung des Streits eine Verteilung der Belohnung unter die

[1]) Vergl. darüber Stoll bei Nipperdey III S. 190.
[2]) Vergl. unten § 13.

einzelnen Beteiligten zu verhindern. Doch steht nichts im Wege, daß der Auslobende jedem Beteiligten die nach billigem Ermessen zugedachte Belohnung aushändigt, also von der ihm zustehenden Einrede keinen Gebrauch macht. Das geschieht aber auf eigene Gefahr des Auslobenden. Entscheidet das demnächst ergehende Urteil anders, so ist es Sache des Auslobenden, von einzelnen Beteiligten im Wege der Bereicherungsklage die Zuvielzahlung herauszuverlangen.[1]) Will der Einredeberechtigte diese Unannehmlichkeiten auf sich nehmen, so steht einem Einredeverzicht seinerseits nichts entgegen. Mit dem Einredeverzicht ändert sich das zugrundeliegende Schuldverhältnis. Denn nun kann der Auslobende, wenn ein Streit über die Anteile entsteht, die Verteilung der Belohnung nicht mehr verweigern.

5. Die Einreden des Bürgen. §§ 771, 770.[2])

a) § 771: Die Einrede der Vorausklage. Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat. Der Verzicht auf diese Einrede ist kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmungen möglich (§§ 773 Ziff. 1, 239). Wenn der Gläubiger des Hauptschuldners und der Bürge einen Bürgschaftsvertrag eingehen, so entsteht zwischen beiden ein Schuldverhältnis, auf Grund dessen der Bürge verpflichtet ist, dafür einzustehen, daß die Hauptschuld erfüllt werde.[3]) Aus diesem Schuldverhältnis ergibt sich einmal der Anspruch des Gläubigers auf Leistung des Bürgen. Aus ihm erwächst grundsätzlich weiter die Einrede der Vorausklage des Bürgen. Auch noch andere Ansprüche und Gestaltungsrechte kann das Schuldverhältnis erzeugen: Z. B. einen Anspruch auf Schadensersatz, eine Einrede des Zurückbehaltungsrechts und die Einreden aus § 770. Diese Beziehung der Beteiligten, die sich in Verpflichtungen, Rechten und Gegenrechten ausdrücken, machen den Inhalt des Bürgschaftsverhältnisses aus.

§ 773 Ziff. 1 bestimmt nun, die Einrede der Vorausklage sei ausgeschlossen, wenn der Bürge auf die Einrede verzichte, insbesondere wenn er sich als Selbstschuldner verbürgt habe. Die selbstschuldnerische Bürgschaft unterscheidet sich also von der einfachen Bürgschaft nur dadurch, daß bei jener die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen ist. Vereinbaren die Parteien bei Vertragsschluß, der Bürge solle in Anspruch genommen werden können, bevor eine vergebliche Zwangsvollstreckung ins Vermögen des Hauptschuldners versucht worden sei, so schließen sie damit das Zustandekommen des hier besprochenen Leistungsverweigerungsrechts aus.[4]) Die Einrede gelangt nicht zur Entstehung.[5]) Das ist auf Grund der Vertrags-

[1]) Staudinger § 660, 9.
[2]) Walsmann a. a. O. S. 248—50. Ueber § 768 vergl. unten § 9.
[3]) Enneccerus II § 188 I 2.
[4]) Oertmann § 773, 2 a.
[5]) Kein echter Verzicht, vergl. unten § 13.

freiheit im BGB. möglich.[1]) Niemand wird behaupten, daß nunmehr keine Bürgschaft im Sinn der §§ 765 f. vorliege (vergl. HGB. § 349). Es besteht nur der eine Unterschied der einfachen Bürgschaft gegenüber, daß das Schuldverhältnis die Einrede der Vorausklage nicht erzeugt. Im übrigen decken sich die Tatbestände.

Verzichtet nun später, nach Vertragsschluß, der Bürge auf die bereits zur Entstehung gelangte Einrede, so ist die Folge die, daß nunmehr der Tatbestand einer selbstschuldnerischen Bürgschaft besteht, bei der also die Einrede der Vorausklage gemäß § 773 ausgeschlossen ist. Die selbstschuldnerische Bürgschaft weist gegenüber der einfachen keine Wesensunterschiede auf. Beim Einredeverzicht bleibt das ursprüngliche Bürgschaftsverhältnis in seiner Identität unberührt: Die Verpflichtung, für die Hauptschuld einzustehen, ist nach wie vor die gleiche. Aber der Inhalt des Schuldverhältnisses ist durch den Einredeverzicht ein anderer geworden. Die Position des Gläubigers hat sich gebessert: Er kann unmittelbar den Bürgen angehen, ohne daß dieser widersprechen könnte. Die Position des Bürgen hat sich dementsprechend verschlechtert. Die Parteibeziehungen haben sich also infolge der Machtverschiebung verändert; eine inhaltliche Aenderung des zugrundeliegenden Schuldverhältnisses ist durch den Einredeverzicht erfolgt. Ob deshalb ein formbedürftiger Vertrag zum Einredeverzicht notwendig sei, wird später zu untersuchen sein. Prima facie möcht man den § 305 anwenden.[2])

b) § 770: Gemäß § 770 hat der Bürge verzögerliche Einreden, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das zugrundeliegende Rechtsverhältnis anzufechten, oder solange der Gläubiger[3]) sich durch Aufrechnung befriedigen kann. Diese Vorschrift wird mit Recht weit ausgedehnt: Man wird dem Bürgen diese Einrede in allen den Fällen einräumen müssen, in denen Hauptschuldner oder Gläubiger die Möglichkeit haben, das Schuldverhältnis aufzuheben; z. B. bei der Wandlung und beim Rücktritt.[4])

Auch diese Einreden entspringen dem Bürgschaftsverhältnis. Dem Bürgen soll nicht zugemutet werden, für die Erfüllung einer in ihrer Existenz bedrohten Schuld einzustehen.[5]) Nicht etwa bildet das Anfechtungs- oder Aufrechnungsrecht die Quelle jener Einreden. Die Einreden bestehen nur „solange", als jene Gestaltungsrechte ausgeübt werden können (aufschiebende Einreden).[6]) Ebenso wie es dem Bürgen freisteht, trotz des Bestehens jener Rechte die Bürgschaftsschuld zu erfüllen, so steht auch einem Verzicht seinerseits auf die Einrede nichts im Wege. Ein solcher Verzicht ändert die Parteibeziehungen, also den Inhalt des Bürgschaftsverhältnisses.

---

[1]) Stoll bei Nipperdey III S. 190.
[2]) Vergl. aber unten § 15.
[3]) Und nach allgemeiner Ansicht auch der Schuldner: Enneccerus II § 190 II 2.
[4]) Bestritten: Vergl. Enneccerus II § 190 II 3 und Anm. 11; Heck II § 127, 5.
[5]) § 770 beruht darauf, daß die Rechtsordnung ein anfechtbares Rechtsgeschäft nicht als ganz vollgültig ansieht. Quilitz a. a. O. S. 51.
[6]) Crome § 296 Anm. 32 und 41.

6. Die Einreden der Wandlung, Minderung, der Bereicherung, der unerlaubten Handlung. §§ 478, (490, 639, 651), 821, 853.

Aus dem Kauf-, Werk- Werklieferungsvertrag oder kraft Gesetzes in den Fällen der §§ 812 f. 823 f. entstehen Ansprüche und Einreden (Gestaltungsrechte). U. a. entspringen diesen Schuldverhältnissen die Ansprüche auf Wandlung und Minderung, auf Schadensersatz, auf Herausgabe der Bereicherung. Voraussetzung für das Entstehen des Wandlungs- oder Minderungsanspruchs ist das Vorhandensein der in den §§ 459 f., 482 f., 633 f., bezeichneten Mängel der Kaufsache bezw. des Werkes.[1]) Die Ansprüche aus den §§ 812, 823 entstehen sogleich mit dem Schuldverhältnis.

Dieselben Schuldverhältnisse erzeugen unter den gleichen Voraussetzungen die Einreden der Wandlung und Minderung, der Bereicherung und der unerlaubten Handlung. Diese Einreden sind geeignet, im Falle ihrer Geltendmachung den Kaufpreisanspruch, den Anspruch auf den Werklohn, die durch eine unerlaubte Handlung oder ohne rechtlichen Grund entstandenen Gegenansprüche dauernd zu lähmen.[2]) Diesen Einreden liegt der gleiche Tatbestand zugrunde wie den aus demselben Schuldverhältnis ensprungenen Ansprüchen. So könnte man — wenigstens eine Zeit lang — ebenso gut den Wandlungsanspruch wie die Wandlungseinrede vorschützen, ebenso gut im Wege der Naturalrestitution Vernichtung oder Herausgabe eines durch Betrug erschlichenen Schuldscheins verlangen, wie im Wege der Einrede der unerlaubten Handlung die Erfüllung dieser Schuld verweigern. Nicht richtig ist es, daß diese Einreden den Ansprüchen entspringen, sich aus ihnen ergeben. Planck[3]) nimmt mit Recht an, derselbe Tatbestand verleihe dem Käufer neben dem Anspruch ein diesem gegenüber selbständiges Einrederecht.[4]) Daß diese Einreden nicht aus dem Anspruch entspringen, betonen gleichfalls Oertmann[5]) und Langheineken.[6]) Das Schuldverhältnis, nicht der Anspruch, bildet die Basis für diese Einreden.[7])

Wenn nun Anspruch und Einrede nebeneinander bestehen,[8]) so stehen sie doch in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander. Die Einrede ist nämlich akzessorisch an den Anspruch angelehnt; d. h. mit dem Einrederecht kann zunächst nicht mehr erreicht werden als mit dem Anspruch. Fällt der Anspruch fort, so kann auch die Einrede nicht mehr geltend gemacht werden. — Diese Einreden besitzen aber gegenüber anderen abhängigen die Eigenart,

---

[1]) Enneccerus II §§ 108 und 110.
[2]) Vergl. v Tuhr I § 17 V 4, 5, S. 300 f.; Enneccerus II § 111 III b S. 378.
[3]) I § 222, 3 c.
[4]) Zustimmend Oertmann § 478, 1; Staudinger §§ 821, 1; 853, 1.
[5]) Vorbem. B 1 vor § 194 S. 703.
[6]) a. a. O. S. 283.
[7]) Andere wollen diese Einrede zum Schikaneverbot des § 226 (Flechtheim Gruch. 44, 65 f.) oder zum Zurückbehaltungsrecht des § 273 (Neumann, Kom § 462 Nr. II 1 b.) in Beziehung setzen; dagegen Oertmann § 478, 1 S. 643.
[8]) Daß auch die Einreden schon vor Verjährung des Anspruchs entstehen, dürfte nicht zu bezweifeln sein. Das folgt aus § 478: „auch". Planck § 478, 2 S. 732.

daß sie erfolgreich vorgeschützt werden können, obgleich der mit der Einrede konkurrierende Anspruch *verjährt* ist.[1]) Sie werden also nach der Verjährung des Anspruchs unabhängig und selbständig. Zu beachten ist indes, daß das alte Abhängigkeitsverhältnis wieder eintreten kann, z. B. wenn der Gläubiger auf die Verjährungseinrede verzichtet. Diese Einreden stehen in der Mitte zwischen den in Bezug auf einen Anspruch abhängigen (unselbständigen) und den unabhängigen (selbständigen).[2])

Diese Einreden sind also nicht mit dem Anspruch identisch. Es muß in Abrede gestellt werden, daß Geltendmachung der Einrede nichts anderes sei, als Durchsetzung des Anspruchs in defensiver Weise.[3]) Kommt es nach Geltendmachung der Einrede zu einer Rückgängigmachung des Kaufes, so liegt das daran, daß der Käufer sich auf den Tatbestand der Mangelhaftigkeit der Kaufsache berufen hat, einen Tatbestand, dem Anspruch *und* Einrede entspringen. Die Einrede allein kann begrifflich die Rückgängigmachung des Kaufvertrages nicht zur Folge haben. Gerade hier bei den sogenannten unselbständigen Einreden (wie auch bei den §§ 273, 320) kann der *Gegensatz* zwischen Anspruch und Einrede nicht genug beachtet werden. Mögen auch die Unterschiede infolge des gemeinsamen zugrundeliegenden Tatbestandes und der Abhängigkeit der Einrede vom Anspruch äußerlich mitunter verwischt erscheinen, ihrem Wesen nach sind Anspruch und Einrede scharf auseinander zu halten. Die Einrede ist auch hier lediglich Schutz- und Gegenrecht.[4]) Eine Rechtsverfolgung ist ihrem Wesen fremd. Der Anspruch dagegen ist aggressiver Natur und rechtsverfolgend.

Auf diese Einreden kann verzichtet werden. Aus § 476 entnehmen wir, daß die §§ 459 f. mit der im § 476 genannten Ausnahme für den Kaufvertrag nicht wesentlich sind. Dasselbe gilt für Werkvertrag, Bereicherung und unerlaubte Handlung. Der Einredeverzicht ändert den Inhalt des zugrundeliegenden Schuldverhältnisses. Ein Vergleich der Interessenlage vor und nach dem Einredefortfall weist deutlich auf diese Aenderung hin. Die Parteibeziehungen, die den Inhalt des Schuldverhältnisses ausmachen, sind andere geworden: Kaufpreis und Werklohn können nicht mehr verweigert werden, die ohne rechtlichen Grund oder durch eine unerlaubte Handlung entstandene Verbindlichkeit ist zu erfüllen, wenn nicht die Ansprüche noch unverjährt, oder andere Rechte (z. B. bei § 853 ein Anfechtungsrecht) bestehen. Jedenfalls ist der Schuldner durch den Einredeverzicht um ein Schutzmittel ärmer geworden, was sich anderseits in einer Machtverstärkung des Gläubigers auswirkt.

Darüber, daß diese Einredeverzichte begrifflich vom Erlaßvertrag zu scheiden sind, wird unten (§ 11) im Zusammenhang gesprochen werden.

---

[1]) Voraussetzung: Anzeige des Mangels oder arglistiges Verschweigen des Mangels, vergl. § 478 und Enneccerus II § 111 III b.

[2]) Vergl. Oertmann Vorbem. B 1 vor § 194.

[3]) So Walsmann S 118. Er spricht geradezu von „Einrede des Bereicherungsanspruchs", „Einrede des Anspruchs aus unerlaubter Handlung". Vergl. auch unten § 11.

[4]) Cosack spricht richtig von einem „bloßen Einrederecht". S. 474 III.

7. Die Einrede der Verjährung. § 222.

Daß nach Ablauf der Verjährungsfrist dem Verpflichteten eine Einrede erwächst, entnehmen wir dem § 222, der von einem „Recht, eine Leistung zu verweigern", spricht. Diese Einrede ergibt sich nach Ablauf einer bestimmten Frist ohne weiteres und unmittelbar aus dem zugrundeliegenden Schuldverhältnis, jener Quelle, die auch die Ansprüche und andere Einreden (z. B. der Wandlung, des nicht-erfüllten Vertrages) erzeugt. Nicht etwa ist die Einrede, wie Walsmann[1]) meint, nur die Folge des durch den Zeitablauf geschaffenen Verjährungszustandes.[2]) Dann wäre allerdings ein Verzicht auf sie ausgeschlossen, denn der Verjährungszustand würde die Einrede immer wieder sofort hervorrufen. Warum aber sollte die Verjährungseinrede anders entstehen wie ähnliche Einrederechte? Viele Einreden entstehen nicht gleich mit dem Zustandekommen des Schuldverhältnisses, sondern entspringen diesem erst später mit dem Eintritt irgend einer gesetzlichen Voraussetzung. (Z. B. die Einreden aus den §§ 321, 478, 519 u. a.). Wie die Einrede aus § 478 zur Voraussetzung hat, daß die geleistete Sache mangelhaft ist, § 519, daß der Schenker bedürftig wird, § 321, daß die Vermögenslage des Gegners sich objektiv verschlechtert, — so die aus § 222, daß die gesetzlich vorgesehene Zeit abläuft. Eine andere Erklärung für das Entstehen der Verjährungseinrede wirkt nicht überzeugend. Bei unserer Erklärung ist, wie Walsmann zugibt, formal gegen einen Verzicht nichts einzuwenden. Denn das mit Fristablauf zur Entstehung gelangte Einrederecht kann grundsätzlich wie jedes andere Recht aufgegeben werden, indem der Berechtigte darauf verzichtet. Bedenken ergeben sich aber bei diesem Einredeverzicht in materieller Hinsicht: Fällt nämlich die Einrede der Verjährung fort, so erlangt der gelähmte Anspruch wieder volle Kraft, wird also wieder durchsetzbar. Auf diese Weise ist es möglich, daß ein verdunkeltes Rechtsverhältnis aufgerollt wird. Beispiel: A und B, beide Nichtkaufleute, schlossen 1902 einen Kaufvertrag über eine goldene Uhr. 1935 klagt A gegen B den Kaufpreis ein, weil B ihm gegenüber kurze Zeit vorher auf die Einrede der Verjährung verzichtet hat. Im Rechtsstreit legt B eine Quittung des A vor. A hält die Quittung für gefälscht. Er erbringt Proben seiner Schriftzüge aus dem Jahre 1902. Nun werden Schriftsachverständige gehört. Ein solcher Prozeß ist unvermeidlich, obgleich der Anspruch des A bereits seit Jahren verjährt war. Es fragt sich also, ob der Einredeverzicht dem gesetzgeberischen Willen zuwiderläuft; ob durch ihn der Verjährungszweck vereitelt erscheint. Verzichtet B gar *vor* Ablauf der Verjährungsfrist auf das ihm künftig entstehende Einrederecht, so ist er niemals in der Lage, es vorzuschützen; denn gleichzeitig mit seiner Entstehung fiele das Recht auf Grund des vorangegangenen Verzichts fort. Es könnte niemals geltend gemacht werden. Wir werden

[1]) a. a. O. S. 122, 123.

[2]) Andere Erklärungen sind allerdings zahlreich, z. B. Oertmann § 222, 3 b, die Verjährung bewirke ein Leistungsverweigerungsrecht; Lehmann § 45 III 1 a, aus dem Ablauf der Verjährungsfrist entstehe die Einrede; Soergel, Vorbem. 6 vor § 194, die Verjährung gebe eine Einrede.

uns also mit der rechtlichen Möglichkeit des Verzichts auf die Einrede der Verjährung eingehender befassen müssen; dabei müssen wir diesen Verzicht einmal vor, sodann nach Ablauf der Verjährungszeit ins Auge fassen. Vor Ablauf der Zeit handelt es sich um die Möglichkeit eines antizipierten Verzichts.[1])

Das Problem des Verzichts auf unsere Einrede ist nicht neu. Andere Gesetzbücher, zum Teil älteren Datums, erwähnen diesen Verzicht. Der Code Civil (Art. 2220, 2221) sagt: „Man kann nicht zum Voraus der Verjährung entsagen, wohl aber kann man sich der schon vollendeten begeben." „Der Verzicht auf die Verjährung geschieht entweder ausdrücklich oder stillschweigend . . ." Aehnlich eine Vorschrift des Schweizerischen Obligationenrechts von 1911 Art. 141 II.[2]) Das BGB. selbst enthält keine unmittelbare Vorschrift. Mittelbar könnte § 225 Bedeutung haben (siehe unten). Die Motive[3]) besagen, auf die vollendete Verjährung könne einseitig mit der Wirkung verzichtet werden, daß der Anspruch seine volle Kraft behalte. „Eines besonderen Hinweises auf die Verzichtbarkeit . . . bedarf es dabei nicht, weil die rechtliche Natur der Einrede es von selbst mit sich bringt."

Nach den Motiven[4]) ist Grund und Zweck der Anspruchsverjährung, „der Behelligung mit veralteten Ansprüchen ein Ziel zu setzen." Es sind also vor allem rechtspolizeiliche Gesichtspunkte bei der Schaffung dieses Instituts maßgebend gewesen.[5]) Der Hauptzweck der Verjährung liegt (neben weniger bedeutenden wirtschaftlichen Erwägungen) darin, eine aus rechtspolizeilichen Erwägungen heraus, also im öffentlichen Interesse, notwendige Maßnahme zur Förderung des Rechtsfriedens zu treffen. Hieraus erklärt sich der § 225.

Ist unter diesen Umständen ein Verzicht auf die Verjährungseinrede für zulässig zu erachten?[6]) Dem Gesetzgeber standen bei Gestaltung dieses Rechtsinstituts zwei Wege offen: Er konnte, wie z. B. Code Civil Art. 1234, den Anspruch nach Ablauf der Verjährungszeit kurzerhand für erloschen erklären;[7]) oder aber er konnte einer Partei ein Schutzmittel in die Hand geben, durch das sie in die Lage versetzt würde, den Anspruch des Gegners entweder (nach Analogie des Anfechtungsrechts) zu vernichten oder aber dauernd lahm zu legen (Einrede). Bei dem bei der Verjährung obwaltenden öffentlichen Interesse wäre es nicht zu verwundern gewesen, wenn der Gesetzgeber den ersten Weg gegangen wäre. Das hat er bewußt nicht getan. Wie die Motive[8]) klar aussprechen, und die Formulierung des § 222 beweist, hat der Gesetzgeber den Verpflichteten

[1]) Vergl oben § 5.
[2]) Siehe weitere Angaben Mot. I S. 341 Anmerkung.
[3]) I S. 341, 342.
[4]) I S. 291.
[5]) Mot. I S. 299.
[6]) Bejahend Oertmann I § 222, 4 d; Regelsberger a. a. O S. 337; v Tuhr II 2 S. 536; — a. A. z. B. Schneider, Iherings J. 51, 29 f; Biermann § 102 Anm. 4; Eccius Gruch. 50, 1 f. Walsmann S 123.
[7]) „Verbindlichkeiten erlöschen durch Verjährung."
[8]) I S. 341.

nach Ablauf der Verjährungszeit in die Lage versetzt, durch Vorschützen einer dauernden Einrede den Anspruch des Gegners zu lähmen. Im BGB. steht es also im Belieben des Einredeberechtigten, ob der Gegner mit seinem Anspruch durchdringt oder nicht.

Worin äußern sich dann aber die rechtspolizeilichen Gesichtspunkte? Die Motive [1]) führen folgendes aus: „Die Wirkung der vollendeten Verjährung ist keine unmittelbare. Der in ihr liegende Schutz vor Behelligung mit einem veralteten Anspruch wird nur gewährt, soweit ein Bedürfnis vorhanden ist. Macht der als Verpflichteter in Anspruch Genommene von dem gebotenen Schutz keinen Gebrauch, so liegt kein Grund vor, ihm denselben aufzudrängen. Das bei der Verjährung gleichzeitig obwaltende öffentliche Interesse ist zur Genüge gewahrt, wenn der einzelne in der Lage ist, auf die Verjährung sich zu berufen und so seine Befreiung zu erzielen." Unter diesen Umständen kann der rechtspolitische Zweck der Verjährung nach dem BGB. nur in diesen beiden Erwägungen zum Ausdruck kommen:

a) Der Gläubiger wird in der Regel, da die Verjährung seines Anspruchs droht, diesen rechtzeitig geltend machen.

b) Der Schuldner wird sich in der Regel, wenn ein Rechtsverhältnis unklar und verdunkelt ist, auf die eingetretene Verjährung berufen.

Beide Erwägungen entsprechen durchaus der Uebung des täglichen Lebens.

Gemäß § 225 kann die Verjährung durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch erschwert werden. Erleichterung der Verjährung, insbesondere Abkürzung der Verjährungsfrist, ist zulässig. Einmal ergibt sich aus dieser Vorschrift, daß die „Verjährung", d. h. das gesamte im BGB. geregelte Institut, nicht vertraglich ausgeschlossen noch erschwert werden kann. Wenn also zwei Kaufleute, die in dauernder Geschäftsverbindung stehen, vereinbaren, daß bei sämtlichen zustandekommenden Geschäften eine Verjährung nicht stattfinden soll, so ist eine solche Abmachung nichtig. Ein weiteres entnehmen wir der Vorschrift, wenn wir Satz 1 und Satz 2 gegenüberstellen: Es entspricht der „Erleichterung" in Satz 2 der „Ausschluß" und die „Erschwerung" in Satz 1. Ein Sonderfall der „Verjährung" in Satz 2 („insbesondere") ist die „Abkürzung der Verjährungsfrist". Diesem Sonderfall muß in Satz 1 eine „Verlängerung der Verjährungsfrist" entsprechen. Es läßt sich also folgender Satz aufstellen: „Ausschluß und Erschwerung der Verjährung, insbesondere Verlängerung der Verjährungsfrist, sind unzulässig." (Ausnahmen z. B. §§ 477 I, 638 I.)

Daraus folgt: Die Normen, die die Verjährungsfristen aufstellen, sind zwingendes Recht. Abgesehen von den gesetzlichen Ausnahmen ist es der freien Parteibestimmung untersagt, die Fristen zu verlängern oder gar auszuschließen. Der Gesetzgeber legt Wert darauf, daß die Verjährung unter allen Umständen abläuft, daß also die Voraussetzung für das Schutzmittel des Verpflichteten, für die Ein-

[1]) I S. 341; vergl auch Planck I Vorbem. 1 vor § 194.

rede, eintritt. Mag dann der Verpflichtete die Einrede geltend machen oder nicht; er soll jedenfalls im öffentlichen Interesse in die Lage versetzt werden, sein Schutzmittel anzubringen, wenn er will.[1]) Anderseits ist nicht zu übersehen, daß die Parteien andere Mittel in der Hand haben, um die Fristen zu verlängern, also das Entstehen der Einrede hinauszuschieben. Es sind die Unterbrechungsmittel der §§ 208, 209 oder der Hemmungsgrund des § 202. Demgemäß sind geeignete Mittel zur Fristverlängerung Stundung und formloses Anerkenntnis. Immerhin lassen sich jedoch genug Fälle der Fristverlängerung denken, denen § 225 den Stempel der Nichtigkeit aufdrückt.[2])

Aus dem Gesagten ergibt sich für den Einredeverzicht folgendes:

a) Ein Verzicht auf die Verjährung im voraus ist unzulässig.[3]) Würde nämlich jemand während des Laufs der Verjährungszeit auf die Einrede als künftig entstehendes Recht verzichten (was sonst grundsätzlich zulässig ist), so würde die Einrede gleichzeitig mit ihrer Entstehung wieder fortfallen. Jedenfalls bestände niemals die Möglichkeit ihrer Geltendmachung. Das widerspricht aber zweifellos dem oben dargelegten gesetzgeberischen Zweck.

b) Ein Verzicht auf die mit Zeitablauf zur Entstehung gelangte Verjährungseinrede ist dagegen zulässig.[4]) Die Verjährungszeit ist dann ordnungsmäßig abgelaufen, dem Schuldner ist sein gesetzlich vorgesehenes Schutzmittel in Form der Einrede erwachsen. Ihm ist die Möglichkeit gegeben, sich durch Vorschützen der Einrede von seiner Schuld zu befreien in dem Sinne, daß er nicht mehr erfolgreich in Anspruch genommen werden kann. Damit ist aber, wie wir oben sahen, dem öffentlich-rechtlichen Gedanken Genüge geleistet und voll und ganz Rechnung getragen. Der Einredeberechtigte muß nun selbst wissen, was er tut. Wie es in seiner Hand liegt, die Einrede nicht geltend zu machen, so steht auch ein Verzicht auf die Einrede in seinem Belieben. Man wird auch mit dem Reichsgericht[5]) verlangen müssen, daß der Verzichtende den Ablauf der Verjährung kennt. Er soll eben unter allen Umständen in die Lage versetzt werden, ebensogut die Einrede vorschützen wie auf sie verzichten zu können.

Der Einredeverzicht ändert den Inhalt des zugrundeliegenden Schuldverhältnisses. Denn die Beziehungen der Beteiligten werden insofern andere, als die Rechtsposition des einen Teils schwächer, des anderen Teils stärker wird.

8. Die Einrede der Stundung. Vereinbarte Einreden.

a) Vereinbaren die Parteien gleich bei Abschluß des die Leistung begründenden Rechtsgeschäfts die Stundung, und beruft sich der Be-

[1]) Planck I § 225, 1.

[2]) Achilles-Greif § 225, 1: „Satz 1 steht Rechtsgeschäften, die nur mittelbar die Verjährung erschweren, nicht entgegen." OLG. 35, 321; Oertmann I § 225, 2 c.

[3]) So auch Planck § 225, 1; Staudinger § 225, 2; Eck I S. 211; v. Tuhr II 2 § 91 Anm. 205.

[4]) Vergl. oben S. 22 Anm. 6.

[5]) RGZ. 78, 130. Vergl. oben S. 3 Anm. 5.

klagte im Rechtsstreit darauf, so bestreitet er, daß der Vertrag so, wie der Kläger behauptet, zustande gekommen ist. Hier stellt sich also das Vorbringen der Stundung als bloßes Bestreiten des klägerischen Anspruchs dar.[1])

Bei nachträglicher Stundung kommt es auf den Parteiwillen an: Entweder wollen die Beteiligten die Fälligkeit des Anspruchs hinausschieben oder sie wollen trotz Fälligkeit der Geltendmachung des Anspruchs einen Riegel vorschieben. Meist liegt das erstere im Willen der Beteiligten. Dann ist der Anspruch betagt. Im Rechtsstreit stellt sich die Berufung hierauf als Einwendung dar. Der Beklagte leugnet die Fälligkeit des Anspruchs, er setzt dem Anspruch ein „Nein" entgegen.[2])

Nur in dem Falle handelt es sich um eine echte Einrede, in dem die Stundung sich als eine Abmachung darstellt, durch die der Geltendmachung des an sich fälligen Anspruchs auf Zeit ein Riegel vorgeschoben wird. Dann ist der Anspruch unbetagt. Dem Schuldner erwächst so das Recht, seine Leistung zu verweigern. Nur in diesem Falle sprechen wir von der Einrede der Stundung.[3])

Diese Einrede entsteht unmittelbar kraft Parteivereinbarung. Sie entspringt nicht dem Schuldverhältnis, aus dem der Anspruch erwächst, den die Einrede lähmen soll. Dieses Schuldverhältnis ist nicht im Stande, die Einrede zu erzeugen. Durch Schaffung der Einrede werden die Beziehungen der Parteien zueinander geändert. Und zwar die Beziehungen, die den Inhalt des Schuldverhältnisses ausmachen: Der Anspruch kann nun nicht mehr erfolgreich durchgesetzt werden. Durch die Vereinbarung der Stundungseinrede wird also eine Aenderung des Inhalts des Schuldverhältnisses bewirkt. Folglich hat auch der Einredefortfall durch Verzicht eine solche Aenderung zur Folge, indem nun die alten Beziehungen wieder hergestellt werden. Bedenken gegen die Möglichkeit eines Verzichts liegen nicht vor.

b) Gleiches muß gelten für alle nachträglich vereinbarten Leistungsverweigerungsrechte. Eine solche Vereinbarung im Recht der Schuldverhältnisse ist möglich, da hier die Parteien ihre Beziehungen frei gestalten können. Der Verzicht auf die so entstehenden Einreden bedeutet immer Aenderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses, da zugleich mit ihm die ursprünglichen, bei Schaffung des Einrederechts geänderten Beziehungen wieder hergestellt werden.

§ 7. Die Einreden im Sachenrecht.

Einreden treten uns im III. Buch des BGB. entgegen in den §§ 867, 1005, 997, 1000, 1100, 1166. Ueber die Tatbestände der §§ 986, 1137, 1211 wird besonders gesprochen werden. (Vergl. § 7 Ziff. 2 und § 9.)

[1]) Daubenspeck S. 50.

[2]) Kreß S. 400 Anm. 25.

[3]) Siber HdWRW II S. 192 f. unter 2 b; Cosack S. 47 I 2; Rech S. 14; Heck II § 58, 1; Planck I § 202, 2; Oertmann I § 202 II 2 b S. 743; v. Tuhr I § 17 VI 1 S. 305; II 2 § 91 IV 1 S. 522. — A. A. Suppes S. 31 f.; Friedenthal S. 43 f.

1. Die Einreden aus den §§ 867, 1005, 997, 1000, 1100, 1166.

a) §§ 867, 1005: Besitz und Eigentumsrecht erzeugen „dingliche Ansprüche" (§ 221): Z. B. die Ansprüche aus den §§ 861, 862, 985, 1004. Auch der sogenannte „Abholungsanspruch" gehört zu ihnen. Diese Ansprüche sind im Grunde genommen von dem in den §§ 194, 241 erwähnten nicht verschieden, nur entstehen sie nicht „kraft eines Schuldverhältnisses", sondern auf Grund eines Sachenrechts.[1])

Auch im III. Buch des BGB. bestehen zahlreiche Rechtsverhältnisse persönlicher Natur, Schuldverhältnisse kraft Gesetzes,[2]) die sich in persönlichen Beziehungen der Parteien zueinander ausdrücken. Ein solches obligatorisches Verhältnis besteht auch in den Fällen der §§ 867, 1005:

Dem Besitzer eines Grundstücks, der die Abholung der auf das Grundstück gelangten Sache zu gestatten hat, erwächst ein Schadensersatzanspruch. Er „kann Ersatz des durch die Aufsuchung und Wegschaffung entstehenden Schadens verlangen". Er hat weiter ein persönliches Leistungsverweigerungsrecht, eine aufschiebende Einrede. Er kann, wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, die Gestattung der Abholung verweigern, bis ihm Sicherheit geleistet wird. Diese Einrede lähmt vorübergehend den Abholungsanspruch. Sie entspringt dem gesetzlichen Schuldverhältnis und sichert den Schadensersatzanspruch des Grundstücksbesitzers.

Einem Verzicht auf diese Einrede steht nichts entgegen. Fällt sie fort, so ändern sich die persönlichen Beziehungen zwischen Sachbesitzer (Eigentümer) und Grundstücksbesitzer, indem sich die Rechtsstellung der Beteiligten zueinander ändert: Der dinglich Berechtigte braucht nunmehr den persönlichen Widerspruch des vormals Einredeberechtigten nicht mehr zu fürchten. Damit ist der Inhalt jenes gesetzlichen Schuldverhältnisses verändert worden.

b) § 997: Hier entspringt die Einrede mangelnder Sicherheitsleistung dem gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer. Der Einredeverzicht ändert auch hier die persönlichen Parteibeziehungen. (Vergl. c.)

c) Das umfangreiche Schuldverhältnis kraft Gesetzes zwischen Eigentümer und Besitzer, das sich beispielsweise in den Neben- und Gegenansprüchen der §§ 987 f., 989 f., 994 f. auswirkt, erzeugt auch ein persönliches[3]) Zurückbehaltungsrecht in § 1000. Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt wird. Dieser Einrede liegt der gleiche Tatbestand zugrunde wie dem Ersatzanspruch des § 994. Es besteht insoweit eine Verwandschaft mit den bereits be-

[1]) So Staudinger II 1 Einleitung I 3 b S. 12; ferner § 194, 2; Planck-Siber S. 13, 15, 16; Planck I Vorbem. 5 f. vor § 194; Wendt Arch. 100, 356 f., 394; — a. A. Enneccerus I § 204 II 4; Kohler I S. 178; Lanheineken S. 49 f.; Endemann § 86 Anm. 12; Oertmann Vorbem. 3 c β vor § 241 f.

[2]) Mannigf. HdWRW V S. 376; Enneccerus II § 26 I; Heck II § 1 Ziff. 10, § 3 Ziff. 2.

[3]) Staudinger § 1000, 1.

sprochenen Zurückbehaltungsrechten der §§ 273, 320. Wie dort Anspruch und Einrede dem gleichen Schuldverhältnis auf Grund desselben Tatbestandes entspringen, so auch hier. Nur zeigt sich hier insofern ein Unterschied, als die Durchsetzung des Anspruchs an die Voraussetzungen des § 1001 geknüpft ist, als der Anspruch also im Klagewege nur geltend gemacht werden kann, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt. Unter Umständen kann also der Besitzer die Einrede zu einer Zeit geltend machen, in der er zur Geltendmachung des Anspruchs nicht in der Lage ist.

Es wird nun gelehrt [1]), das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 sei nichts anderes, als Durchsetzen des Verwendungsanspruchs in Verteidigungsform. Dem muß aus den gleichen Gründen widersprochen werden, die in den Fällen der §§ 273, 320, 478, 821, 853 dazu führten, einer „Rechtsverfolgung" im Wege der Einrede entgegen zu treten. Einmal ergibt sich das deutlich aus dem Gesetz. Wie schon dargelegt wurde, ist unter Umständen die Geltendmachung der Einrede möglich, die Geltendmachung des Anspruchs jedoch unzulässig.[2]) Daraus folgt ohne weiteres, daß Geltendmachung der Einrede nicht Verfolgung des Anspruchs sein kann.[3]) Weiter mag unser Standpunkt durch folgende Erwägungen beleuchtet werden: Macht der Besitzer die Einrede des Zurückbehaltungsrechts geltend, so will er unter Umständen unmittelbar gar keinen Verwendungsersatz beanspruchen; ihm liegt vielmehr nur daran, den Besitz der Sache, für deren Erhaltung oder Instandsetzung er möglicherweise größere Beträge aufgewendet hat, zu behalten, *bis* ihm diese Verwendungen ersetzt werden. Nach Geltendmachung dieser Einrede wird vielleicht der Eigentümer von der Durchsetzung seines Herausgaberechts Abstand nehmen. Vielleicht ist er nicht in der Lage, Ersatz zu leisten; auch hat er vielleicht gerade an der Reparatur, die der Besitzer hat vornehmen lassen, — die an sich notwendig war —, kein Interesse; er hätte die Sache zu einem anderen Zweck verwandt. Der Besitzer ist damit einverstanden, daß er die Sache behält. Er will sich durch Vorschützen der Einrede nur sichern; eine Verfolgung seines Anspruchs auf Ersatz der Verwendungen liegt gar nicht in seinem Willen. Allerdings wird in vielen Fällen der Erfolg der sein, daß der Eigentümer, um seine Sache wieder zu erlangen, dem Besitzer seine Aufwendungen ersetzt. Auch diese Lösung ist dem Besitzer recht. Denn nun hat er keinen Schaden. Nur vor Schaden will er sich schützen. Die Einrede erschöpft sich auch hier — wie in allen Fällen — in einem bloßen Schutz- und Gegenrecht. *Aeußerlich* mag der Effekt der durchgesetzten Einrede der gleiche sein wie der des durchgesetzten Anspruchs; diese Möglichkeit folgt aus der Gleichheit der zugrundeliegenden Tatbestände, ist aber nicht etwa darauf zurückzuführen, daß der Einredeberechtigte mit Geltendmachung seiner Einrede einen Anspruch ver-

[1]) Walsmann S 118.
[2]) v. Tuhr I § 17 V 3 S. 300.
[3]) Planck I § 222, 3 c.

folgt. (Siehe die ähnlichen Ausführungen bei den §§ 273, 320, 478, 821, 853; zusammenfassend: unten § 11).

Allerdings ist auch hier die Einrede vom Anspruch abhängig, also unselbständig. Der Anspruch auf Ersatz der Verwendungen besteht formell auch schon, bevor die Voraussetzungen seiner Geltendmachung gemäß § 1001 eintreten. Auch hier ist die Einrede akzessorisch an den Anspruch angeknüpft.[1]) Erlischt der Anspruch vor Geltendmachung, so ist auch für die Einrede kein Platz mehr.

Ein Verzicht auf diese Einrede ist, wie im Falle des § 273, wohl denkbar. Damit werden die auf das gesetzliche Schuldverhältnis sich gründenden persönlichen Beziehungen der Beteiligten andere, indem nunmehr der Besitzer um ein persönliches Schutzmittel zugunsten des Eigentümers der Sache geschwächt ist.

Ueber die Unterscheidung dieses Einredeverzichts vom Erlaß siehe unten § 11.

d) Ebenso entspringt die Verjährungseinrede im Sachenrecht — sie lähmt hier dingliche Ansprüche — persönlichen, obligatorischen Beziehungen. Beim Verzicht auf diese Einrede ändern diese sich und mit ihnen der Inhalt des gesetzlichen Schuldverhältnisses (z. B. zwischen Eigentümer und Besitzer).

e) Schließlich ist die Rechtslage keine andere in den §§ 1100 und 1166. Wenn der Verkäufer ohne Rücksicht auf das Vorkaufsrecht dem Käufer das Grundstück übereignet, so kann der Vorkaufsberechtigte von dem Verkäufer die Auflassung des Grundstücks an ihn und die Zustimmung des bereits eingetragenen Käufers verlangen (§§ 1098 II, 888). In diesem Falle wird jedoch der Käufer durch § 1100 geschützt, indem diesem eine Einrede gegenüber dem Anspruch des Vorkaufsberechtigten auf Zustimmung bis zur Erstattung des vom Käufer bereits ausgelegten Kaufpreises eingeräumt wird.[2])

§ 1166 gewährt dem persönlichen Schuldner, der dem Grundstückseigentümer gegenüber Ersatzansprüche hat, dem Hypothekengläubiger gegenüber ein persönliches Leistungsverweigerungsrecht, wenn dieser ohne Benachrichtigung die Zwangsvollstreckung betrieben, dabei einen Ausfall erlitten hat und nun den Schuldner wegen dieses Ausfalls in Anspruch nimmt.

Auch diese beiden Einreden beruhen auf obligatorischen Beziehungen zwischen den Beteiligten. Einem Einredeverzicht steht nichts entgegen.[3]) Der Verzicht ändert auch hier den Inhalt der Obligation.

Es fragt sich, ob der Verzicht auf die Einrede aus § 1166 ins Grundbuch eingetragen werden kann. Oberneck[4]) führt aus: „Ein vertragsmäßiger Verzicht ist zulässig und, da er die Rückzahlungsbedingung der Hypothekenforderung betrifft, eintragungsfähig."

---

[1]) Oertmann Vorbem. B 1 vor § 194 f.

[2]) Verurteilung Zug um Zug, daher anspruchändernde Einrede (Siber). Diese Einrede bildet eine Unterart des allgemeinen Zurückbehaltungsrechts des § 273; Staudinger § 1100 II 1.

[3]) Staudinger § 1166, 2 g; Oberneck I § 139, 5; Walsmann S. 271.

[4]) a. a. O. § 139, 5.

Anders ist die herrschende Lehre.[1]) Nach ihr kommt eine Eintragung des Einredeverzichts im Grundbuch nicht in Frage, da es sich nur um persönliche Beziehungen der Parteien handelt. M. E. ist der Einredeverzicht nicht eintragungsfähig, nicht etwa deshalb, weil er nur persönliche Beziehungen der Beteiligten berührt, sondern weil durch ihn eine Einrede des persönlichen Schuldners in Fortfall kommt. Auch bei den Einreden des Eigentümers gemäß § 1137 spielen lediglich persönliche Beziehungen eine Rolle, aber als Einreden des „dinglichen" Schuldners sind diese eintragungsfähig, und mithin auch der Verzicht auf sie (vergl. unten § 9).

2. § 986.

Gemäß § 986 I S. 1 kann der Besitzer die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Dem Wortlaut des Gesetzes nach handelt es sich hier um eine echte Einrede, um ein Leistungsverweigerungsrecht. Angenommen, dies sei in Wirklichkeit der Fall, dann wäre dieses Recht des Besitzes vom Richter nur zu berücksichtigen, wenn es im Prozeß vom Besitzer vorgebracht würde. Die Einrede ist ein Kannrecht, d. h. der Einredeberechtigte kann frei selbst darüber bestimmen, ob er die Einrede geltend macht oder nicht. Ein Zwang besteht für ihn dazu nicht. Eine Berücksichtigung findet nur im Falle der Geltendmachung der Einrede statt. Also ist ohne weiteres die Möglichkeit gegeben, daß folgende Fälle eintreten: Der vom Eigentümer auf Herausgabe der Sache in Anspruch genommene Mieter (Pächter, Entleiher) oder Nießbraucher (Pfandgläubiger, Erbbauberechtigte, Wohnungsberechtigte) erscheint im Prozeß, unterläßt es aber vorzubringen, er sei auf Grund eines dinglichen oder obligatorischen Rechts zum Besitz der Sache berechtigt; in diesem Falle muß der Richter, selbst wenn er jene Berechtigung des Beklagten kennt, dem Herausgabeanspruch des Klägers stattgeben. Oder der Beklagte erscheint im Prozeß nicht, der Kläger macht seinen Herausgabeanspruch geltend, erwähnt auch in seinem Vortrag das Nießbrauch- oder Mietrecht des Beklagten; in diesem Falle ist der Richter gezwungen, ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten zu erlassen. In beiden Fällen weiß der Richter, daß dem Beklagten ein Nießbrauch oder Mietrecht an der Sache zusteht, zu deren Herausgabe er ihn verurteilt.

Keinesfalls läßt sich nun behaupten, durch sein Schweigen oder Nichterscheinen im Prozeß habe der Beklagte auf den Nießbrauch oder das Mietrecht verzichtet. Handelte es sich um einen Nießbrauch an einer beweglichen Sache, so war für den Verzicht eine Erklärung gegenüber dem Eigentümer (§ 1064), um einen Nießbrauch an einem Grundstück, eine Erklärung des Nießbrauchers an das Grundbuchamt erforderlich (§ 875). Für einen Verzicht auf das Mietrecht war ein Erlaßvertrag gemäß § 397 nötig. Hätte ein solcher Verzichtsakt

[1]) Vergl. Walsmann S. 272; Planck III § 1166, 5; Staudinger § 1166, 2g; RGKom. § 1166, 4.

tatsächlich stattgefunden, so wäre selbstverständlich auch das Recht zum Besitz erloschen. In der Nichtgeltendmachung des Besitzrechts oder im Fernbleiben des Beklagten liegt aber jedenfalls nicht ohne weiteres ein Verzicht auf Nießbrauch oder Mietrecht.[1]) Also steht dem Mieter oder Nießbraucher das Recht zum Besitz gegen den nunmehr besitzenden Eigentümer nach wie vor zu. Der Eigentümer hat die soeben erlangte Sache wieder zurückzugeben.

Soll ein Richter, dem dieser Zusammenhang bekannt ist, dem Kläger ein obsiegendes Urteil aussprechen dürfen? Das Herausgabebegehren des Eigentümers darf in solchen Fällen keinen Rechtsschutz genießen; denn es verstößt gegen Treu und Glauben, eine Sache herauszuverlangen, deren Rückgabepflicht bereits feststeht. Das Weigerungsrecht des Besitzers nach § 986 ist nichts anderes als eine exceptio doli; denn das Herausgabebegehren des Eigentümers verstößt gegen den allgemeinen Grundsatz: dolo facit, qui petit, quod rediturus sit. Der Richter muß in solchen Fällen in der Lage sein, ex officio das zum Besitz berechtigende dingliche oder obligatorische Recht des Beklagten zu berücksichtigen. Der Eigentumsanspruch muß auf Grund allgemeiner, auch im Sachenrecht geltender Billigkeitserwägungen (§ 242)[2]) hier ausgeschlossen sein. „Dies läßt es erwünscht erscheinen, dem Eigentümer gegen den zum Besitz berechtigten Besitzer nicht einen einredebehafteten, sondern keinen Herausgabeanspruch zu geben."[3]) Also enthält § 986 keine Einrede im Sinne des BGB., sondern eine von Amts wegen zu berücksichtigende Einwendung. Die herrschende Lehre kann die oben entwickelten, allen Regeln der Billigkeit widerstrebenden Folgerungen nicht zu Fall bringen.

Handelte es sich um eine Einrede, so würde ein Verzicht auf sie oder eine Nichtgeltendmachung die oben dargelegten Folgen ergeben. Diese ließen sich nur damit vermeiden, daß man mit Eccius[4]) den Einredeverzicht in die Form eines Verzichts auf das dingliche oder obligatorische Recht selbst kleidete, der aber in der bloßen Nichtgeltendmachung der Einrede schwerlich erblickt werden kann (vergl. unten § 13). Auch in einem Verzicht auf das Besitzrecht allein könnte der Einredeverzicht nicht zum Ausdruck kommen, denn das Besitzrecht läßt sich von den dinglichen Rechten (Nießbrauch, Erbbaurecht, Pfandrecht, Wohnungsrecht), aber auch von den obligatorischen (Miete, Pacht, Leihe) nicht trennen, ohne deren typische Gestaltung zu verändern.

Daß es sich in § 986 um eine Einwendung handelt, erblickt Wolff[5]) mit Recht auch noch in folgenden Umständen:

---

[1]) Vergl. über Nichtgeltendmachung und Verzicht unten § 13.

[2]) Heck II § 4 Ziff. 2 d.

[3]) Wolff, § 84 Anm. 14. a. A die gesamte herrschende Lehre, z. B Enneccerus I § 207 Anm. 5; v. Tuhr I § 17 V 1 Anm. 41; Planck I S. 525; III S. 473; vergl. auch die Begründung Hecks, III § 66 Ziff. 11, der nach der Wahrscheinlichkeit der Berufung des Beklagten auf sein Besitzrecht auf eine Einwendung schließt. — Wie Wolff z. B. Friedenthal S. 42; Crome § 36 Anm. 22, § 126 Anm. 9; Rappaport S. 202.

[4]) a. a. O. S. 7.

[5]) a. a. O. § 84 Anm. 14.

a) Die actio negatoria, die auf Beseitigung einer Störung hinzielt, ist gemäß § 1004 II „ausgeschlossen", wenn dem Beklagten ein Recht zur Störung zusteht.

b) Der Anspruch eines früheren Besitzers, dem die Sache gestohlen worden ist, gegen den besitzenden Eigentümer gemäß § 1007 II ist nicht nur einredebehaftet, sondern ausgeschlossen.

c) Hat ein Eigentümer seine Sache dem Besitzer vermietet, und vermietet dieser unbefugterweise die Sache dem jetzigen unmittelbaren Besitzer weiter, so liegt der Tatbestand des § 986 I Satz 2 vor, daß „der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber zur Ueberlassung des Besitzes an den Besitzer nicht befugt" war. Macht nun der Eigentümer seinen Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer geltend, trägt die unbefugte Weitervermietung selbst vor, und verlangt Herausgabe der Sache an sich selbst, so erfolgt im Versäumnisverfahren Klageabweisung. Durfte dagegen der mittelbare Besitzer weitervermieten, so würde, handelte es sich in Satz 1 um eine Einrede, der Eigentümer im Versäumnisverfahren durchdringen. Diese verschiedenartige Behandlung nur auf Grund der Tatsache, daß die Weitervermietung einmal erlaubt, das andere Mal nicht erlaubt ist, kann nicht im Sinne des Gesetzes liegen.

§ 8. Die Einreden im Familien- und Erbrecht.

Im IV. u. V. Buch des BGB. treten uns Einreden entgegen in den §§ 1480, 1489 II, 1504, 1546, 1579, 1621; 1973, 1990, 1992, 2059, 2083, 2145, 2187, 2188, 2318, 2319, 2328.

1. Die Einreden im Familienrecht.

Im Familienrecht sind die Einreden verhältnismäßig spärlich. Sie treten dort auf, wo sich Tatbestände finden, die ein Schuldverhältnis zwischen den Beteiligten erzeugen. Solche Tatbestände begegnen uns im Eherecht und im Verwandtschaftsrecht. In diesem Zusammenhang also müssen wir unsere Einreden suchen.

a) Ausdrücklich tritt uns ein „Leistungsverweigerungsrecht" nur in § 1621 entgegen. Die Eltern können die Aussteuer der Tochter verweigern, wenn sich die Tochter ohne die erforderliche elterliche Einwilligung verheiratet oder wenn sie sich einer Verfehlung schuldig gemacht hat, die zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt. Der Anspruch der Tochter gegen die Eltern auf Gewährung einer Aussteuer ist der Ausfluß der verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen Eltern und Tochter. Diesem Schuldverhältnis entspringen die Einreden aus § 1621. Gibt es einen Verzicht auf sie?

Im Familienrecht ist der Rechtsverzicht oft unstatthaft, da das Interesse der Allgemeinheit das Aufgeben dieser Rechte in vielen Fällen verbietet; vergl. z. B. das Recht des Vaters, für die Person des Kindes zu sorgen, dem auf der anderen Seite eine Pflicht öffentlich-rechtlichen Charakters zur Personensorge entspricht.[1]) Die

[1]) Walsmann S. 99.

Einreden aus § 1621 tragen dagegen nur privatrechtlichen Charakter, weshalb ein Verzicht der Eltern auf sie zulässig erscheint.[1])

Es fragt sich, ob ein Einredeverzicht darin zu erblicken ist, daß sich die Eltern nachträglich mit der ohne die elterliche Einwilligung erfolgten Verheiratung ihrer Tochter einverstanden erklären. In vielen Fällen wird im Einverständnis der Einredeverzicht enthalten sein. Es ist Auslegungsfrage.[2])

Auch können die Eltern sich nicht mehr auf die Einrede berufen, wenn ihre Befugnis zur Entziehung des Pflichtteils gem. § 2337 durch Verzeihung erloschen ist. In diesem Falle liegt in der Verzeihung wohl regelmäßig der Verzicht auf die Einrede des § 1621 II.[3]).

Dieser Einredeverzicht verändert die Obligation zwischen Eltern und Tochter inhaltlich; durch ihn erfährt nämlich das schuldrechtliche Band zwischen den Beteiligten insofern eine Veränderung, als sich die Machtposition der Tochter hebt.

b) Ferner können im Familienrecht Einreden entstehen im Zusammenhang mit den Vorschriften der §§ 1480, 1504, 1546 II, indem dort auf die §§ 1990, 1991 des Erbrechts verwiesen wird. Wird eine Gesamtgutsverbindlichkeit nicht vor der Teilung des Gesamtguts berichtigt, so haftet dem Gläubiger auch der Ehegatte als Gesamtschuldner, für den zur Zeit der Teilung eine solche Haftung nicht bestand. Seine Haftung beschränkt sich jedoch auf die ihm aus dem Gesamtgut zugeteilten Gegenstände, wobei die Vorschriften über die Erschöpfungseinrede des Erben (§ 1990) entsprechende Anwendung finden. Ein Verzicht auf diese Einrede dem Gläubiger gegenüber erscheint zulässig. Im übrigen kann auf die Ausführungen im Erbrecht verwiesen werden (vergl. Ziff. 2).[4])

c) Eine noch weiter gehende Bezugnahme auf das Erbrecht enthält § 1489 II. Bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft haftet für die Gesamtgutsverbindlichkeiten der überlebende Ehegatte auch persönlich, jedoch insoweit, als ihn die Haftung nur infolge des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft trifft, nur erbenähnlich. An Stelle des Nachlasses tritt hier das Gesamtgut. Die Vorschriften der §§ 1967—2017 finden Anwendung. Mithin kann der Ehegatte die Einreden aus den §§ 1973, 1990, 1992, sowie die vom Gesetz fälschlich sogenannten „aufschiebenden Einreden" der §§ 2014, 2015 geltend machen.[5]) Auch hier muß auf die Ausführungen unter Ziff. 2 verwiesen werden.

d) Ob § 1579 eine Einrede enthält, ist bestritten, aber m. E. zu bejahen. Soweit der allein für schuldig erklärte Ehegatte bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines standesgemäßen Unterhalts dem anderen Ehegatten Unterhalt zu gewähren, ist er berechtigt, von den zu

---

[1]) Walsmann S. 288.

[2]) So Planck § 1621, 4; RGKom. § 1621, 1; a. A. Staudinger, § 1621, 1 a ß; Opet, Verwandtschaftsrecht S. 157

[3]) Staudinger § 1621, 1 b; Planck § 1621, 2; a. A. Opet S. 157.

[4]) Staudinger § 1480, 3 b; RGKom. § 1480, 8.

[5]) Staudinger § 1489, 3 a; Warneyer II § 1489 II; RGKom. § 1489, 5.

seinem Unterhalt verfügbaren Einkünften zwei Dritteile oder, wenn diese zu seinem notdürftigen Unterhalt nicht ausreichen, soviel zurückzubehalten, als zu dessen Bestreitung erforderlich ist. Darüber herrscht Einmütigkeit im Schrifttum, daß es sich nicht um eine Einrede des Zurückbehaltungsrechts im Sinne von § 273 handelt, ebensowenig wie § 1428 trotz der Wendung „zurückbehalten" ein solches Zurückbehaltungsrecht enthält.[1]) Aber wir haben es hier mit einer Einrede des Notbedarfs zu tun.[2]) Dieser Schluß rechtfertigt sich aus der Aehnlichkeit dieser Vorschrift mit den §§ 519 529, aus denen sich entnehmen läßt, daß der Gesetzgeber in Fällen der Not nur eine Einrede gewährt, es also dem Notleidenden überläßt, sich auf seine Not zu berufen. § 1579 ist nicht zwingender Natur.[3]) Ein Verzicht auf die Einrede ist möglich, jedoch, wie bei § 519, nicht im voraus; nur auf die entstandene Einrede kann verzichtet werden.[4])

e) Schließlich muß noch kurz auf einige Tatbestände eingegangen werden, bei denen hin und wieder von „Einrede" gesprochen wird, die aber kein echtes „Leistungsverweigerungsrecht" im eingangs entwickelten Sinne zur Entstehung bringen.

§ 1428 ist schon erwähnt worden. Es handelt sich um keine Einrede des Zurückbehaltungsrechts (siehe oben unter d). Die Frau wird von der Beitragsleistung befreit, soweit sie den Beitrag zum Unterhalt der Familie verwendet. Ein Verzicht auf dieses Recht „zurückzubehalten" wäre übrigens aus dem Gesichtspunkt des § 138 sittenwidrig und nichtig.[5])

§ 1344 enthält eine Einwendung nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes. Wenn man hier mitunter von „Einrede" spricht, so meint man die Einrede im prozessualen Sinne. Es sollen im Interesse der Sicherheit des Verkehrs einem Dritten gegenüber, der im Vertrauen auf die Gültigkeit einer in Wirklichkeit nichtigen oder anfechtbaren Ehe sich mit den Ehegatten oder mit einem derselben auf ein Rechtsgeschäft oder einen Rechtsstreit eingelassen hat, aus der Nichtigkeit der Ehe, von einzelnen Ausnahmen abgesehen, Einwendungen gegen das Rechtsgeschäft oder das rechtskräftige Urteil nicht hergeleitet werden dürfen.[6])

§ 1717 enthält die exceptio plurium[7]) des gemeinen Rechts: „Als Vater gilt .... es sei denn, daß auch ein anderer ihr innerhalb dieser Zeit beigewohnt hat." Auch heute noch wird dieser von dem als Vater in Anspruch Genommenen zu führende Nachweis häufig irrtümlich als „Einrede" bezeichnet:

---

[1]) Crome I § 124 Anm. 11; Staudinger § 1428, 4; Planck 1428, 4; Warneyer II zu § 1428; F. Schlegelberger, Zurückbehaltungsrecht, Jena 1904 S. 101.

[2]) Staudinger § 1579, 3; A. B. Schmidt, Familienrecht 1907 Bem. 2 d β; a. A Enneccerus-Wolff, Familienrecht § 36 Note 13.

[3]) Staudinger § 1579, 4; Warneyer II § 1579 I; vergl. auch J. W 29 S. 583, Entsch. Nr. 13.

[4]) Begründung oben § 6 Ziff. 3 a.

[5]) Opet, Familienrecht 1906 Bem. 4; Staudinger § 1428, 6; Planck § 1428, 8.

[6]) Staudinger § 1344, 1.

[7]) Windscheid — Kipp 2 S. 1078.

„Einrede der mehreren Stupratoren",[1]) „Einrede der mehreren Zuhälter",[2]) „Einrede der Untreue",[3]) „Einrede der mehreren Beihälter".[4]) Gemeint ist wohl meist eine Einrede im prozessualen Sinne. Jedenfalls ist die exceptio plurium concumbentium keine Einrede im Sinne des BGB., sondern es handelt sich um eine Einwendung, die die Vermutung der außerehelichen Vaterschaft entkräftet. Von einem „Leistungsverweigerungsrecht" kann hier keine Rede sein.[5]) Kipp[6]) vertritt allerdings die Ansicht, es handele sich um eine echte materiellrechtliche Einrede. M. E. zu Unrecht. Allerdings ist der uneheliche Vater gem. § 1708 zu Leistungen an das Kind verpflichtet; wer aber den Nachweis führt, auch andere hätten mit der Kindesmutter verkehrt, leugnet seine Vaterschaft und mithin seine Leistungspflicht. Voraussetzung jeder echten Einrede ist jedoch, daß eine Leistungspflicht „an sich" besteht.[7]) Man spricht hier besser, um Zweifel auszuschalten, vom „Nachweis mehrerer Beiwohner".[8]) M. E. scheidet der Tatbestand für unser Thema aus.[9])

2. Die Einreden im Erbrecht (Besonderheiten).

Im Erbrecht begegnen uns die Einreden in großer Zahl. Sie alle beruhen auf Beziehungen der Beteiligten, die schuldrechtlicher Natur sind; „sie richten sich konkret als Gegenrechte gegen bestimmte Einzelforderungen der Nachlaßgläubiger."[10]) Sie wurzeln im Wesen und in der Eigenart des Erbrechts. Die Tatbestände einzeln darzulegen, dürfte im Rahmen der Arbeit zu weit führen. Daß es sich hier stets um ein persönliches Verhältnis handelt, dem die Einreden erwachsen, ergibt sich beispielsweise aus § 1973: Der Erbe kann die Befriedigung eines im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft wird; aus § 2059 (Verhältnis von Miterben zum Gläubiger), § 2145 II (Vorerbe — Gläubiger), § 2318 (Erbe — Vermächtnisnehmer).

Einige für diese Arbeit bedeutungsvolle Besonderheiten der Einreden des Erbrechts mögen Erwähnung finden:

a) Im Erbrecht finden sich eine Menge der Einreden, die Siber zu den anspruchändernden zählt.[11]) Hierunter fällt einmal die Kategorie derer, die nur zur Folge haben, daß dem Beklagten im

[1]) Dernburg, Familienrecht § 89 III.
[2]) Planck § 1717, 3 b; RGZ. 58, 350.
[3]) Opet, Verwandtschaftsrecht S. 373.
[4]) Staudinger § 1717, 3 b mit weiteren Hinweisen.
[5]) Neumann Handausgabe § 1717, 3; Crome IV S. 553.
[6]) Enneccerus-Kipp § 95 II 1, unter Hinweis auf Hedemann in D. J Z. 1907 S. 218.
[7]) Nimmt man hier tatsächlich eine echte Einrede an, so steht einem Verzicht auf sie dann nichts entgegen, wenn er nicht im einzelnen Falle sittenwidrig erscheint; vergl. Staudinger § 1717, 3 b ε.
[8]) So Soergel zu § 1717; RGKom. § 1717, 3.
[9]) Weitere „scheinbare Fälle einer Einrede" zählt Langheineken auf, vergl. vor allem S. 306, 308 f., 310.
[10]) Walsmann S. 301.
[11]) Vergl. oben § 3 S. 6.

Urteil die Haftungsbeschränkung vorbehalten wird, § 780 ZPO. Hauptfälle enthalten die §§ 1990, 1992, 1973, 2014, 2015.[1]) Eine anspruchändernde Einrede findet sich nach Siber[2]) auch in § 2170 II. Die Abfindungsbefugnis des Schuldners schließt das Recht in sich, die geschuldete Leistung gegen Abfindung zu verweigern. Diese Einrede kann nur zu einer Verurteilung des Schuldners mit Vorbehalt der Abfindung führen.

b) Aus den §§ 2187, 2188, sowie aus § 2318, geht hervor, daß eine teilweise erfolgende Verweigerung der Leistung als „Kürzen" bezeichnet wird. Auch in diesen Fällen handelt es sich um Einreden.[3])

c) Streit herrscht über die rechtliche Natur der „Einreden" aus den §§ 2014, 2015, insbesondere über die Frage, ob dem Erben durch diese Bestimmungen Leistungsverweigerungsrechte erwachsen, die den Eintritt des Verzugs und seiner Folgen ausschließen.[4]) Handelt es sich um materiell-rechtliche Einreden, so befindet sich der Schuldner nicht im Verzug; denn entweder wird die Fälligkeit der Schuld hintangehalten, § 284, oder die Handlungsweise des Erben erscheint berechtigt und ist daher nicht zu vertreten gemäß § 285.[5])

Die Meinungen sind sehr geteilt. Die herrschende Lehre sieht im Hinblick auf die §§ 305, 782, 783 ZPO. in den §§ 2014, 2015 trotz des Wortlauts („aufschiebende Einreden") keine materiellrechtlichen Einreden, sondern nur ein prozessuales Recht, die Durchführung der Zwangsvollstreckung und damit das endgültige Ausscheiden von Nachlaßgegenständen hinauszuschieben.[6]) Die Vertreter der Ansicht, es handele sich hier um echte Einreden, sind demgegenüber in der Minderzahl.[7]) Ob der Eintritt des Verzugs bejaht wird, hängt jeweils davon ab, welche rechtliche Natur man jenen Bestimmungen beimißt.

Beiden Ansichten liegen beachtenswerte Erwägungen zugrunde. Die eine stützt sich auf den Wortlaut des Gesetzes. Doch sahen wir schon an anderer Stelle (§ 529, § 986), daß dieser nicht immer unbedingt maßgebend ist. Die andere nimmt die praktische Auswirkung jener Bestimmungen, die nur auf prozessualem Gebiet liegt, für sich in Anspruch. Man kann nicht umhin, sich ihr entgegen dem Wortlaut des Gesetzes anzuschließen und jenen Bestimmungen ihre Bedeutung als echte Einreden im Sinne des BGB. abzusprechen. Diese Ansicht scheint sich auch immer mehr durchzusetzen.

---

[1]) Die beiden letzten nach Siber vom Gesetz fälschlich als „aufschiebende" bezeichnet. Vergl. aber auch unten c.

[2]) HdWRW II S 192 f.

[3]) Suppes S. 5 Anm. 3; Langheineken S. 46.

[4]) Planck V Vorbem. 6 vor § 2014 f.

[5]) Vergl. Entsch. des Reichsfinanzhofs 1, 100; RGKom § 2014, 4.

[6]) Herzfelder D. J. Z. 05, 61; Müller D. J. Z. 05, 685; Fuchs, Recht 05, 339, 425; Planck-Siber § 284, 4 d S. 266; Staudinger §§ 2014, 2015 Erl. 1; Endemann § 120 IV a; Crome V § 721 zu Anm 26; Planck V Vorbem 6 vor § 2014 f.; Soergel § 2014, 2; Warneyer II § 2014 II; RGZ 79, 201; OLG 26, 294; 30, 203.

[7]) Kipp § 81 IV bei Anm. 3; Engländer a. a. O. S. 28 f.; v. Winterfeld a. a. O. S. 16 f.; Kohler II 1 § 33 S. 87 Anm. 1; RGKom. § 2014, 4 trotz RGZ 79, 201.

d) § 2083: Ist eine letztwillige Verfügung, durch die eine Verpflichtung zu einer Leistung begründet wird, anfechtbar, so kann der Beschwerte die Leistung verweigern, auch wenn die Anfechtung nach § 2082 ausgeschlossen ist. Auch diese Einrede beruht auf obligatorischen Beziehungen zwischen dem beschwerten Schuldner und dem Gläubiger. Einerseits ähnelt sie dem § 770, denn die Einrede besteht auf Grund der Anfechtbarkeit der die Verpflichtung aussprechenden letztwilligen Verfügung. Anderseits steht sie in einer gewissen Verwandtschaft zu den Einreden der §§ 478, 821, 853, insofern sie das Anfechtungsrecht überdauert. Geltendmachung der Einrede ist keineswegs Anfechtung „in Verteidigungsform", selbst dann nicht, wenn der einredeberechtigte Schuldner (der Beschwerte) selbst anfechten kann. Die Geltendmachung der Einrede kann die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung nicht zerstören.

Die Vorschrift des § 2083 interessiert uns auch deshalb, weil sie für die Frage verwertet wird, ob das Anfechtungsrecht eine Einrede begründe. Hellwig, nach dessen Ansicht die Einrede der „Ausfluß des umfassenderen Anfechtungsrechts" ist, stützt sich auf das „auch" in § 2083.[1]) Hiergegen wendet sich Quilitz[2]) und stellt mit Recht die Frage, ob denn in den §§ 478, 821, 853 aus dem „auch" die Gleichheit von Anspruch und Einrede folge. Die Anfechtung begründet keine Einrede[3]). Das folgt einmal aus dem Gesetz, das das Anfechtungsrecht neben den Einreden behandelt: § 770 I wäre sonst neben § 768 I, die Aufzählung des § 770 in den §§ 1137, 1211 überflüssig. Zudem ist die Wirkung beider Rechte eine grundverschiedene: Die Anfechtung bewirkt Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts ex tunc; die Einrede bewirkt Anspruchshemmung ex nunc.

Einem Verzicht auf die Einreden im Erbrecht, die sich von denen im Schuldrecht nicht wesentlich unterscheiden, steht nichts entgegen.[4]) Hatte z. B. der Gläubiger eine Forderung gegen den Erblasser, die ihm nach dem Erbfall dem Erben gegenüber zusteht, so macht es auf die Beziehungen der Beteiligten zueinander einen Unterschied, ob dem Erben Einreden der Haftungsbeschränkung zustehen, oder nicht. Mit dem Einredeverzicht ändert sich also das obligatorische Verhältnis der Beteiligten zueinander. Es ändert sich der Inhalt eines Schuldverhältnisses.

§ 9. Einreden aus dem Recht eines Dritten. §§ 768, 1137, 1211.

Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. In diesem Falle handelt es sich nicht um dem

[1]) a. a. O. S. 17, 18.

[2]) a. a. O. S. 58.

[3]) So auch die herrschende Lehre: Quilitz S. 55 f.; Planck I § 142, 4; Kipp bei Windscheid § 47 S. 211; Crome I § 36 Anm. 4; Endemann I § 75 Anm. 2; Flechtheim, Gruch. 44, S. 97; Suppes S. 41, 42; Langheineken S. 317.

[4]) Walsmann S. 301; Planck V Vorbem. 6 c vor § 1993 S. 218 f.; Staudinger Vorbem. 4 vor § 1975; § 2000 Erl. 4; Kipp, § 74 II d; § 81, 1; Dernburg V § 174 I; Endemann § 117 Anm. 3 S. 887; Eccius a. a. O. S. 9.

Bürgschaftsverhältnis erwachsene Einreden, sondern um irgendwelche andere Einreden aus einem durch Bürgschaft gesicherten Rechtsverhältnis, die bereits in der Person des Hauptschuldners dem Gläubiger gegenüber zur Entstehung gelangt sind; sie werden auf den Bürgen übertragen, so daß auch er sie geltend machen kann. Es sind Einreden „aus dem Recht eines Dritten",[1]) „aus einem fremden Rechtsverhältnis".[2]) Diese Einreden beruhen auf der akzessorischen Natur der Bürgschaft. Der Anspruch gegen den Bürgen besteht nur solange und insoweit, als der gesicherte Anspruch gegen den Hauptschuldner erfolgreich geltend gemacht werden kann. Wirtschaftlich macht es keinen Unterschied, ob der Gläubiger überhaupt nicht fordern kann, oder ob sein Anspruch durch ein Weigerungsrecht des Schuldners lahmgelegt ist.[3])

Grundsätzlich, — das ist der allgemeinen Gesetzesfassung zu entnehmen —, stehen dem Bürgen sämtliche dem Hauptschuldner erwachsende Einreden zu.[4]) Gesetzliche Ausnahmen finden sich in § 768 I Satz 2 und § 193 K. O. Dernburg[5]) will in Analogie dieser gesetzlichen Ausnahmen dem Bürgen alle Einreden des Hauptschuldners absprechen, die ihren Grund in der Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners haben.[6]) Bestritten ist vor allem die Zulässigkeit der Wandlungs- und Minderungseinreden.[7]) Die meisten Einreden des Hauptschuldners stehen jedenfalls dem Bürgen zu. Mit Recht wird indes allgemein betont, daß ihm die Geltendmachung der Einreden versagt ist, gegen die der Gläubiger gerade durch die Bürgschaft geschützt werden sollte.[8])

Es lassen sich nun hier, was unser Thema anbelangt, zwei Verzichtstatbestände denken. Der eine ist im Gesetz angedeutet (§ 768 II): Verzichtet der Hauptschuldner auf eine dieser Einreden, so verliert der Bürge diese Einrede dadurch nicht. Ein Beweis dafür, daß diese Einreden selbständig in der Person des Bürgen fortbestehen. Der Bürge kann also die Einreden trotz des Verzichts vorschützen.[9]) Bezüglich dieses Einredeverzichts durch den Hauptschuldner gilt nichts Besonderes.

Der andere Verzichtstatbestand könnte der sein, daß der Bürge auf diese Einreden verzichtet.

Einmal können der Gläubiger und der für die Hauptschuld Einstehende bei Vertragsschluß diese Einreden ausschließen, sodaß der Garant sie nicht geltend machen kann. Denn § 768 enthält kein zwingendes Recht. In diesem Fall liegt kein echter Einrede-

---

[1]) Stammler 1900, S. 33.
[2]) Rappaport 1904.
[3]) Crome § 296, 2 b; Oertmann § 768, 1 S. 1234.
[4]) Enneccerus II § 189 III.
[5]) § 287 III.
[6]) A. A. Enneccerus II § 189 Anm. 19; Warneyer 768 III.
[7]) Vergl. Staudinger § 770, 3; Crome § 296, 2 c; Oertmann § 768, 2 c.
[8]) Crome § 296, 2 c; Enneccerus II § 189 Anm. 19.
[9]) Crome § 296, 2 c.

verzicht vor.[1]) Es wird allgemein gelehrt,[2]) ein solcher Ausschluß der Einreden aus § 768 bei Vertragsschluß stehe mit dem Wesen der Bürgschaft, nämlich ihrer akzessorischen Natur, nicht im Einklang. In solchem Falle liege eine Schuldübernahme, ein Garantievertrag oder ein ähnliches vertragliches Verhältnis, nie aber eine echte Bürgschaft vor. Der Meinung muß man sich anschließen. Würden z. B. die Parteien vereinbaren, daß die dem Käufer erwachsenden, gegen den Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises verwertbaren Einreden des nichterfüllten Vertrages oder der Verjährung dem für die Kaufpreisschuld Einstehenden nicht zustehen sollten, so hätte dieser für die Hauptverbindlichkeit zu haften, obgleich der Käufer ihr nicht oder wenigstens nicht schlechthin nachzukommen brauchte. Eine solche Abmachung würde sich mit dem Wesen der Bürgschaft schlecht vertragen, wenngleich zu beachten ist, daß die Hauptschuld trotz der Einreden formell besteht. Wirtschaftlich steht sie allerdings einer Nichtschuld nahe.

Wir haben in unserer Arbeit jedoch nur mit dem Fall zu tun, daß *nach Abschluß* einer echten Bürgschaft der Bürge auf eine ihm aus der Person des Hauptschuldners erwachsene Einrede Verzicht leistet.

Ist ein solcher nachträglicher Einredeverzicht durch den Bürgen zulässig? Die Frage muß m. E. bejaht werden. Die Bürgschaft ist allerdings als akzessorisches Rechtsgeschäft ausgestaltet. Dieser Grundsatz der Akzessorietät kommt in den §§ 767, 768 zum Ausdruck. Untersuchen wir zunächst den Zweck dieser „akzessorischen Natur". Bürge und Hauptschuldner sind beide zu einer Leistung verpflichtet und zwar schulden beide die *gleiche* Leistung. Aber im Gegensatz zu Gesamtschuldnern stehen Hauptschuldner und Bürge einander nicht gleich: Von Anfang an steht fest, daß *definitiver Leistungsschuldner* der Hauptschuldner ist. Insofern kennzeichnet sich die Schuld des Bürgen als Hilfsschuld. „Dadurch ergibt sich eine Abhängigkeit und ein Zurücktreten der Bürgschaftsschuld, die man gemeinhin auf die „akzessorische Natur" der Bürgschaftsschuld zurückführt."[3]) Die Akzessorietät verfolgt also nur den Zweck, den Bürgen zu schützen; sie schafft dem Bürgen eine Verteidigungslage, da er eben nur Hilfsschuldner ist.[4]) Das Institut der „Akzessorietät" besteht mithin lediglich im Interesse des Bürgen. Deshalb stehen ihm gemäß § 768 die Einreden des Hauptschuldners zu. Es leuchtet nach dem Gesagten sofort ein, daß der Bürge auf die ihm in § 768 übertragenen Einreden verzichten kann, ebenso wie die Vorschrift des § 768 II eigentlich selbstverständlich ist, daß der Bürge durch einen Verzicht des Hauptschuldners diese Einreden nicht verliert.

Verfehlt wäre also folgende Deduktion: Brächte der Bürge eine dem Hauptschuldner und folglich auch ihm gem. § 768 zustehende

[1]) Vergl. unten § 13.
[2]) Oertmann § 768, 3; Planck § 768, 6; RGKom. § 768, 4; Endemann I § 191, Anm. 12; Staudinger 768, 4; Eck I S. 569; Warneyer § 768 III.
[3]) Heck II § 127, Ziff. 1.
[4]) Heck II § 127, Ziff. 4.

Einrede, z. B. die der Verjährung, durch Verzicht zum Fortfall, so ginge damit der akzessorische Charakter der Bürgschaft verloren; denn nunmehr könnte der Gläubiger vom Bürgen unter allen Umständen Erfüllung verlangen, während der Hauptschuldner Erfüllung seiner Verbindlichkeit verweigern könnte; der Grundsatz der Akzessorietät sei nur dann gewahrt, wenn der Bürge sich im entscheidenden Augenblick, d. h. bei Geltendmachung des Anspruchs durch den Gläubiger, aller der Hilfsmittel bedienen könne, die auch dem Hauptschuldner gegeben seien. Eine solche Folgerung würde auf einer Verkennung des Wesens der Akzessorietät beruhen. Die Bürgschaft ist nur insoweit akzessorisch, als dies im Interesse und zum Schutze des Bürgen erforderlich erscheint. Die Akzessorität ist also nicht Selbstzweck, sondern sie bezweckt nur den Bürgenschutz. Verzichtet der Bürge auf ein ihm auf Grund der akzessorischen Natur der Bürgschaft zugeflossenes Einrederecht, gibt er m. a. W. selbst ein Schutzmittel preis, so erscheint dies unbedenklich zulässig, ohne daß das zugrundeliegende Schuldverhältnis damit aufhörte, echte Bürgschaft zu sein. Im Schrifttum wird mit Recht die Möglichkeit eines nachträglichen Einredeverzichts durch den Bürgen bejaht.[1])

Allerdings verändert ein solcher Einredeverzicht, wie ein Vergleich der Interessenlage vor und nach dem Verzicht ohne weiteres lehrt, die Beziehungen zwischen Bürgen und Gläubiger. Der Bürge verliert ein Schutzmittel, das ihm im Interessenstreit hätte dienlich sein können. Die Machtposition des Gläubigers verstärkt sich anderseits, da er nunmehr eine Waffe des Bürgen nicht mehr zu fürchten braucht. Der Einredeverzicht bewirkt also eine inhaltliche Veränderung des zugrundeliegenden Schuldverhältnisses zwischen Bürgen und Gläubiger.

Rein äußerlich fällt die Aehnlichkeit auf, die zwischen den §§ 1137 und 1211 einerseits und § 768 anderseits besteht. Eine aus der akzessorischen Natur der Bürgschaft hergeleitete Vorschrift wird ohne weiteres auf Hypothek und Pfandrecht übertragen. Es ist ein Verdienst Philipp Hecks, mit Eindringlichkeit auf den Fehler des Gesetzgebers hingewiesen zu haben, der in der uneingeschränkten Uebernahme jener Bürgschaftsvorschrift ins Pfandrecht (Grund- und Faustpfandrecht) besteht.[2]) Heck betrachtet diese Gleichbehandlung als ein typisches Beispiel für die äußerst unbilligen Ergebnisse der alten Begriffsjuristischen Methode. (Gegensatz: Interessenjurisprudenz).[3])

Diese Unbilligkeit soll im folgenden kurz nachgewiesen werden. Das Ergebnis erscheint für die Frage eines Verzichts auf die Einreden aus den §§ 1137, 1211 wesentlich. Der Einfachheit halber

---

[1]) Heck II § 127 Ziff. 4 b; Staudinger § 768, 4; Walsmann S. 248; Planck § 768, 6; Warneyer § 768 III.

[2]) Vergl. im einzelnen die einleuchtenden Ausführungen bei Heck II § 128 Ziff. 3, 4; III § 78 II, III, IV; § 93 Ziff. 1, 2, 3, 6, 9; § 105 II; Exkurs 6 S. 503; Nachtrag S. 524.

[3]) Vergl. Heck II Anhang S. 471 f.; III Vorwort S. III.

werden die Ausführungen grundsätzlich auf § 1137 beschränkt, wobei man sich darüber klar sein muß, daß das Gesagte auch in vollem Umfang für § 1211 gilt.

Nach dem klaren Ausspruch des Gesetzes (§ 1137) kann der Eigentümer eines Grundstücks (Realschuldner), auch wenn er nicht persönlicher Schuldner (Personalschuldner) ist, gegen den Anspruch aus der Hypothek alle (dauernden, aufschiebenden, anspruchändernden) Einreden geltendmachen, die der persönliche Schuldner der Forderung entgegensetzen kann. Auch hier handelt es sich also um Einreden aus dem Recht eines Dritten. Der Eigentümer kann sich darauf berufen, daß der Gläubiger dem Schuldner die Forderung gestundet habe; er kann einer Kaufgeldhypothek gegenüber die Wandlungseinrede des § 478 geltendmachen; er kann die Einreden des Zurückbehaltungsrechts, der Bereicherung, der unerlaubten Handlung vorbringen. Gesetzliche Ausnahmen bilden die Einreden der beschränkten Erbenhaftung (§ 1137 I S. 2), der Verjährung (§ 223) und des Zwangsvergleichs (§ 193 K. O.). Wir ersehen daraus die Absicht des Gesetzgebers, die Hypothek (und das Pfandrecht) wie die Bürgschaft „streng akzessorisch" auszubilden. Der Grundeigentümer (Verpfänder) wird dem Bürgen gleich behandelt. Darum stehen ihm weiter, wenn er nicht gleichzeitig Personalschuldner ist, die dem Bürgen gemäß § 770 gewährten Einreden zu. Der Eigentümer kann also wie der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern, *solange* die persönliche Schuld durch Aufrechnung, Anfechtung oder auf andere Weise getilgt werden kann.[1]) Ein klarer Hinweis des Gesetzgebers auf Bürgschaftsnormen!

Wie ist diese Uebernahme der §§ 768, 770 auf Hypothek und Pfandrecht zu erklären? Wie oben ausgeführt wurde, steht bei der Personendreiteilung des Bürgschaftsverhältnisses der definitive Leistungsschuldner von Anfang an fest: Es ist der *Hauptschuldner*. Der Bürge ist *Hilfsschuldner*. Deshalb schafft ihm das Gesetz eine Verteidigungslage, die man als „akzessorische Natur" der Bürgschaft auszudrücken pflegt. Bei der Hypothek und beim Pfandrecht ist eine Divergenz von Personalschuldner und Realschuldner möglich. Wir unterscheiden in einem solchem Falle Eigentümer des Grundstücks (Verpfänder), persönlichen Schuldner aus der Forderung und Gläubiger (Hypotheken-Pfandgläubiger). Die §§ 1137, 1211 gehen von dieser Dreiteilung aus. Der Gesetzgeber hat nun offenbar eine streng akzessorische Hypothek und ein streng akzessorisches Pfandrecht im Auge gehabt (Ausnahme: § 1138, beim gutgläubigen Erwerber der Verkehrshypothek), die er in Gegensatz setzen wollte zu einem selbständigen Pfandrecht, der Grundschuld.[2]) Durchdrungen von der das gemeine Recht beherrschenden Auffassung von der akzessorischen Natur des römischen Pfandrechts,[3]) wollte der Gesetz-

[1]) Vergl. oben bei § 770, § 6 Ziff. 5 b, S. 18.

[2]) Heck III § 78 I Ziff. 1, 2; III Ziff 2, 5.

[3]) Heck hält es nicht für erweislich, „daß das Dogma der akzessorischen Natur des Pfandrechts in Rom historische Realität besessen hat. Auch diese historische Hypothese ist nur ein täuschendes Ergebnis der begriffsjuristischen Methode." III Exkurs 6 S. 503 f.

geber im BGB. ein akzessorisches und ein nichtakzessorisches, selbstständiges Pfandrecht aufnehmen: Hypothek, Faustpfand — Grundschuld. Auf das nach seiner Meinung akzessorische Pfandrecht wandte er nun Vorschriften eines Instituts an, das auch die Eigentümlichkeit der Akzessorietät besaß (Bürgschaft). So ist die Uebernahme der Bürgschaftsregeln ins Pfandrecht zu erklären. Welchen großen Fehler der Gesetzgeber dabei beging, wird ohne weiteres einleuchten.

Die Lehre von der „akzessorischen Natur" der Hypothek und des Pfandrechts dürfte nämlich auf einem Irrtum beruhen, der sofort klar wird, wenn man die Interessenlage bei Bürgschaft und Hypothek vergleicht. Derjenige, der definitiv schuldet, ist bei der Bürgschaft der Hauptschuldner.[1]) Darum der Schutz des Bürgen in den §§ 767, 768, 770 (Akzessorische Natur der Bürgschaft). Derjenige, der bei der Hypothek und beim Pfandrecht im Innenverhältnis zur Gläubigerbefriedigung verpflichtet ist, kann bei Divergenz von Real- und Personalschuldner sowohl dieser als auch jener sein. Das bloße Nebeneinanderbestehen von Personal- und Realobligation bietet gar keinen Anhalt dafür, „daß einer der beiden Teile die Last endgültig zu tragen hat".[2]) „Deshalb durfte an den formalen Tatbestand allein nur eine neutrale Gleichbehandlung angeschlossen werden, wie dies beim obligatorischen Gesamtschuldverhältnis auch geschehen ist." Bei der Bürgschaft, auf deren Regeln die §§ 1137, 1211 Bezug nehmen, ist dagegen der Gedanke maßgebend gewesen, „daß einer der Beteiligten, der Hauptschuldner, die Leistungslast definitiv zu tragen hat, während der andere, der Bürge, nur Haftungsperson ist."[3])

Das Gesetz stellt nun in den §§ 1137, 1211 ohne Rücksicht auf die Innenbeziehungen den Realschuldner einem Bürgen des Personalschuldners gleich (vergl. auch den unser Thema weniger berührenden § 1143). Gegen diese Gleichstellung spricht dann nichts, wenn tatsächlich die gleiche Interessenlage wie bei der Bürgschaft gegeben ist. Ist also der Personalschuldner definitiver Leistungsschuldner, so ist nichts dagegen einzuwenden, daß der Realschuldner sich durch Vorbringen der Bürgeneinreden (mit Ausnahme der Einrede der Vorausklage) schützen kann. Dieses Ergebnis entspricht der Billigkeit. Nun ist es aber im praktischen Leben in den weitaus meisten Fällen so, daß im Innenverhältnis der Grundstückseigentümer (also der Geschützte!) zur Gläubigerbefriedigung gehalten ist. „In der statistischen Mehrheit der Fälle ist es der Realschuldner, der nach dem Innenverhältnis das Kapital der Hypothek aus seiner Tasche zu zahlen hat."[4]) Dann führt die gesetzliche Regelung zu lebenswidrigen Ergebnissen, „namentlich in dem häufigsten Fall, in welchem dem Personalschuldner ein Regreßrecht gegen den Eigentümer zusteht."[5]) Die Verteidigungslage des

---

[1]) Heck II § 127; III § 93 Ziff. 2.
[2]) Heck III § 93 Ziff. 3.
[3]) Heck III § 93 Ziff. 2.
[4]) Heck III § 93 Ziff. 1 u. 6.
[5]) Heck III § 93 Ziff. 6.

Grundeigentümers gem. § 1137 (1211) wirkt in diesem Falle außerordentlich unbillig.

Es sei gestattet, ein einleuchtendes Beispiel Hecks[1]) an dieser Stelle anzuführen: „Der Eigentümer A, der dem Personalschuldner B gegenüber verpflichtet ist, ihn von dem Gläubiger C zu befreien, kann nach § 1137 diesen Gläubiger zwingen, sich durch Aufrechnung aus dem Vermögen des B zu befreien, natürlich mit der Wirkung, daß er dann selbst dem B Ersatz leistet. Den von C angestrebten Weg der direkten Zahlung kann er nach § 1137 *verweigern*. Wenn der Personalschuldner bloße Haftungsperson ist, dann verstößt es gegen die inneren Beziehungen, wenn der Realschuldner von dem Gläubiger verlangen kann, daß er den Personalschuldner als definitiv Leistungspflichtigen behandelt." (Eine gewisse Korrektur nimmt das Gesetz in § 1164 vor).[2])

Die geschilderte Unbilligkeit muß unter allen Umständen vermieden werden. Nach Heck[3]) hätte das Gesetz, anstatt Bürgschaftsregeln zur Anwendung zu bringen, auf die *obligatorische passive Gesamtschuld* verweisen müssen (§§ 420 ff.). Jedenfalls scheint es richtig, die §§ 1137, 1211 nur dort für anwendbar zu erklären, wo (in den selteneren Fällen) die Interessenlage der der Bürgschaft entspricht.

Für unser Thema, den *Einredeverzicht*, ergibt sich aus dem Gesagten folgendes: In den häufigen Fällen, in denen der Grundstückseigentümer und der Verpfänder definitive Leistungsschuldner sind, sind ihnen die Einreden aus den §§ 1137, 1211 zu versagen. Von einem Einredeverzicht kann also in diesen Fällen garnicht gesprochen werden, da die Berufung auf jene Einreden ohnehin schon unbillig und daher unzulässig erscheint.

Nur in verhältnismäßig seltenen Fällen deckt sich die Interessenlage mit der der Bürgschaft, nämlich dann, wenn der Personalschuldner definitiv leistungspflichtig ist, der Realschuldner also nur bürgenähnlich, „hilfsweise" haftet; die Einräumung einer den §§ 768, 770 entsprechenden Verteidigungslage erscheint dann nicht unbillig, und es taucht die Frage nach der Zulässigkeit des Einredeverzichts durch den Realschuldner auf. Sie ist m. E. aus den gleichen Gründen wie bei § 768 zu bejahen. Diese in den §§ 1137, 1211 geschaffene günstige Rechtslage besteht nur im Interesse und zum Schutze des Grundeigentümers bezw. Verpfänders. Nichts steht im Wege, daß der Grundeigentümer sich jener Einreden begibt, in dem er auf sie verzichtet. Anderseits leuchtet es ein, daß ein Verzicht des persönlichen Schuldners auf seine Einreden die Verteidigungslage des Grundeigentümers und Verpfänders nicht beeinflussen kann. (§ 1137 II, 1211 II).

[1]) III § 93 Ziff. 6 a; für das Pfandrecht (§ 1211) vergl. Heck III § 105 II.
[2]) Heck III § 93 Ziff. 6 b u. 7.
[3]) III § 93 Ziff. 2 u. 9; II § 75 Ziff. 8; § 128 Ziff. 3 u. 4.

Das „Verzichtsproblem" bei der Hypothek wird von Heck in anderem Zusammenhang angeschnitten.[1]) Die dort gefundene Lösung ist aber auch geeignet, für die Frage des Einredeverzichts verwandt zu werden. Es handelt sich darum, ob ein Hypothekengläubiger dem Eigentümer des Grundstücks gegenüber, der zugleich persönlicher Schuldner ist, auf sein Forderungsrecht verzichten kann (Erlaß), während die Hypothek bestehen bleibt. Das Gesetz scheint in § 1163 diese Möglichkeit auszuschließen: Entweder muß ein solcher Erlaß das Entstehen einer Eigentümerhypothek zur Folge haben[2]), oder man muß einen Erlaßvertrag für rechtsunwirksam halten.[3]) Heck hält beide Lösungen für unbefriedigend. Er fragt mit Recht, warum der gewollte Parteierfolg nicht eintreten solle.[4]) Andere Lösungen beruhen auf der irrigen Annahme der „akzessorischen Natur" der Hypothek. Auch das RG scheint in einer neueren Entscheidung[5]) auf dem richtigen Wege zu sein und die streng akzessorische Natur der Hypothek abzulehnen, indem es im obigen Falle — es liegt sogar Divergenz von Real- und Personalschuldner vor — auf den Parteiwillen abstellt.[6]) Das Beispiel lehrt, wie weit man in der Ablehnung der Akzessorietät bei Hypothek und Pfandrecht gehen muß. Fällt aber die „akzessorische Natur", so ist kein Grund mehr ersichtlich, der im Falle des Bestehens jener Einreden der §§ 1137, 1211 gegen die Möglichkeit eines Verzichts auf sie durch den Realschuldner sprechen könnte.

Wo nach alledem der Verzicht des Eigentümers oder Verpfänders auf die ihm in den §§ 1137, 1211 gewährten Schutzrechte denkbar ist, bewirkt er, wie bei § 768, infolge der mit ihm eintretenden Veränderung der Interessenlage eine inhaltliche Veränderung der zugrundeliegenden Obligation[7]) zwischen Gläubiger und Realschuldner; denn beim Einredeverzicht erfährt die Machtstellung des Gläubigers auf Kosten des Haftenden eine Verbesserung.

Dort, wo ein Verzicht des Eigentümers auf die ihm nach § 1137 zustehenden Einreden zulässig ist, ist er im Grundbuch eintragungsfähig. Denn wie sich aus § 1138, der auf die §§ 891 f. verweist, ergibt, sind die Einreden selbst eintragungsfähig; dann muß aber auch der Verzicht auf diese Einreden im Grundbuch eingetragen werden können. Zwar handelt es sich beim Einredeverzicht um die Veränderung eines persönlichen Verhältnisses, aber eines solchen zwischen dinglich Haftendem und dinglich Berechtigtem (Eigentümer und Hypothekengläubiger). Dagegen ist weder die Einrede aus § 1166 noch ein Verzicht auf sie eintragungsfähig, da diese Einrede dem persönlichen Schuldner zusteht (vergl. oben § 7, Ziff. 1 e).

[1]) III § 84 II Ziff. 5; Nachtrag S. 524.
[2]) So Wolff § 144 I Ziff. 3; RGKom § 1163, 5; u. a.
[3]) So Planck § 1163, 4 a a. E.
[4]) Gleicher Ansicht O. Gierke S. 884 Anm. 28; Hachenburg, das BGB., Vorträge, 2 Auflage S. 538.
[5]) RGZ. 128, 243 ff.
[6]) Vergl. zu dieser Entscheidung Heck III Nachtrag S. 524.
[7]) Darüber, daß auch Hypothek und Pfandrecht Obligationen darstellen, vergl. Heck III Anhang zum dritten Hauptabschnitt, § 109 S. 439 ff.

§ 10. Zusammenfassung.

1. Die Untersuchung über die Stellung der Einreden im Rechtsverhältnis ergab folgendes:

Im II. Buch gibt es Einreden, die dem zugrundeliegenden Schuldverhältnis als ihrer Quelle entspringen; entweder entstehen sie gleich mit dem Schuldverhältnis (z. B. §§ 821, 853), oder erst später beim Eintritt einer bestimmten Voraussetzung (z. B. §§ 222, 321, 478, 519). Im Gegensatz hierzu werden die vereinbarten Einreden (z. B. die der Stundung) unmittelbar von den Parteien geschaffen; solche Einreden kann das Schuldverhältnis von sich aus nicht erzeugen.

Die Einreden, die einem Schuldverhältnis erwachsen, also die meisten, entstehen unabhängig oder abhängig von einem Anspruch gleichen Tatbestandes, jenachdem sie selbständig sind oder nicht. (Z. B. §§ 258, 519, 526; — §§ 273, 320, 478, 821, 853). Die abhängigen — hier erzeugt das Schuldverhältnis Anspruch und Einrede *nebeneinander* — sind akzessorisch an den Anspruch angelehnt insofern, als das zugrundeliegende Schuldverhältnis der Einrede grundsätzlich nicht mehr Kraft verleiht als dem Anspruch. Von diesem Grundsatz machen eine Ausnahme die Einreden, die zunächst neben einem Anspruch abhängig von ihm stehen, nach Verjährung dieses Anspruchs aber weiter ihre Kraft behalten, dann also selbständig werden und den Anspruch überdauern. (§§ 478, 490, 821, 853). —

Vor allem ist es m. E. nicht richtig, die Geltendmachung der abhängigen Einreden als Durchsetzung des Anspruchs in defensiver Form anzusehen. Man darf sich durch den gleichen Tatbestand, der Anspruch und Einrede zugrunde liegt, und durch die Abhängigkeit der Einrede vom Anspruch nicht verleiten lassen, diese Einreden als „rechtsverfolgende" zu bezeichnen. Der Einrede als Schutz- und Gegenrecht ist die Rechtsverfolgung wesensfremd. Aus alledem folgt, daß ein *wesentlicher* Unterschied zwischen den selbständigen und unselbständigen Einreden nicht besteht. (Vergl. bei den einzelnen unselbständigen Einreden und unten im Zusammenhang § 11).

Die Einreden im Familien- und Erbrecht bieten ihrer Entstehung nach keine Besonderheit, auch sie entspringen Schuldverhältnissen, die sich von denen des II. Buches nicht wesentlich unterscheiden.

Die Einreden des III. Buches nehmen scheinbar eine Sonderstellung ein. Sie richten sich gegen „dingliche" Ansprüche. Betrachtet man aber jene Rechtsverhältnisse genau, so kommt man zu einer Gleichstellung mit den obligatorischen Verhältnissen des II. Buches. Der aus dem einzelnen Sachenrecht (z. B. Eigentum) entspringende „dingliche" Anspruch richtet sich gegen eine *bestimmte* Person und geht auf ein Tun oder Unterlassen. Sobald die Person des Anspruchgegners feststeht (z. B. bei § 985 des Besitzers), handelt es sich um ein Rechtsverhältnis obligatorischer Natur. Wenn wir von „Einrede" sprechen, so meinen wir ein *persönliches Gegenrecht*. Der dinglich Berechtigte und der Einredeberechtigte stehen sich von Person zu Person gegenüber; sie verbindet ein schuldrecht-

liches Band. Ueberall, wo im Sachenrecht eine Einrede besteht, muß eine Obligation zugrundeliegen. Es handelt sich um ein obligatorisches Verhältnis kraft Gesetzes, das sich von den Schuldverhältnissen des II. Buches nicht wesentlich unterscheidet, ebenso wie wir keinen Unterschied zwischen einem dinglichen und obligatorischen Anspruch machen konnten (vergl. oben § 7 Ziff. 1 a). Einer solchen Obligation entspringt die Einrede im Sachenrecht und nimmt somit den übrigen Einreden des BGB. gegenüber keine Sonderstellung ein. Auch im III. Buch gibt es selbständige (§§ 867, 997, 1166) und unselbständige Einreden (§ 1000). Bei § 986 handelt es sich um eine Einwendung.

2. Ein Verzicht ist bei allen Einreden grundsätzlich zulässig. Nur in einzelnen Fällen, nämlich bei der Einrede der Verjährung und bei den Einreden des Notbedarfs, mußten wir aus rechtspolitischen Gründen oder sozialen Gesichtspunkten einen Einredeverzicht (in antizipierter Weise, siehe oben § 5) für unzulässig erklären. Sämtliche zur Entstehung gelangten Einreden lassen dagegen einen Verzicht zu.

Suchen wir nun nach einem Grund dafür, weshalb ein Verzicht auf die entstandene Einrede in allen Fällen möglich ist, so finden wir ihn m. E. in der gesetzlichen Ausgestaltung der Einrede als Kannrecht. Ist die Einrede zur Entstehung gelangt, so steht es dem Berechtigten frei, entweder von ihr Gebrauch zu machen oder aber von ihrer Geltendmachung abzusehen. Insoweit unterscheidet sie sich allerdings von anderen Rechten nicht. Nun kommt aber hinzu, daß sie im Falle ihrer Nichtgeltendmachung unter keinen Umständen Berücksichtigung findet, selbst wenn ihr Bestehen gerichtsbekannt werden sollte. Die Entscheidung darüber, ob die Einrede wirken soll, liegt einzig und allein beim Einredeberechtigten. Die Verwertung der Einrede ist nur von seinem Willen abhängig. Unter diesen Umständen muß ein Einredeverzicht möglich sein. Betont sei aber schon hier, daß sich Nichtgeltendmachung der Einrede und Einredeverzicht nicht notwendig decken (darüber unten § 13).

3. Immer ändert der Einredeverzicht das zugrundeliegende Schuldverhältnis inhaltlich. Grundlegend für dieses Ergebnis ist, daß der „Inhalt des Schuldverhältnisses" soweit wie nur irgend möglich gefaßt wird. Der Inhalt des Schuldverhältnisses drückt sich aus in den Beziehungen der Parteien zueinander. Bei dieser Begriffsbestimmung wird ein Streit um Worte von Anfang an bewußt ausgeschaltet. Folgende Erwägungen sind maßgebend gewesen:

Verhältnis heißt: Beziehungen zwischen mehreren Beteiligten (so Lebensverhältnis: Ehe, Freundschaft). Rechtsverhältnis ist enger: Das sind solche Beziehungen, die in der Rechtsordnung Anerkennung finden. Innerhalb der Rechtsverhältnisse nimmt das Schuldverhältnis eine besonders eigenartige Stellung ein. Es handelt sich hier um die Beziehungen, die zur Entstehung kommen, wenn sich einer der Beteiligten in die Schuld eines anderen begibt, sich zu einer Leistung verpflichtet. Diese Beziehungen machen den Inhalt

des Schuldverhältnisses aus[1]). Richtig nennt auch Siber[2]) Inhalt des Schuldverhältnisses „die Gesamtheit der durch das Schuldverhältnis unter den Beteiligten begründeten Beziehungen". Manchmal wird schlechthin die Leistung als der Inhalt des Schuldverhältnisses bezeichnet,[3]) während Oertmann[4]) diesen Inhalt im „Ansprechenkönnen", in der „Zwangsbefugnis des Gläubigers" sieht. Diese letzteren Bestimmungen mögen richtig sein, sind aber keineswegs erschöpfend und lassen unter Umständen einen Streit um Worte aufkommen.

Der Einredeverzicht bewirkt nun insofern eine Veränderung der Parteibeziehungen, als durch ihn die Machtverteilung eine andere wird. Die Rechtsposition des Gläubigers wird auf Kosten des Schuldners eine stärkere. Das Schuldverhältnis bekommt einen veränderten Inhalt, da nunmehr die Parteien in einem veränderten Verhältnis zu einander stehen.

III. Abschnitt. Einzelfragen.

§ 11. Bedingen die verschiedenen Einredearten eine unterschiedliche Behandlung des Einredeverzichts? (Einredeverzicht und Erlaß).

Wir unterscheiden selbständige und unselbständige Einreden (vergl. die Zusammenfassung des II. Abschnittes, oben § 10 Ziff. 1). Der Unterschied liegt darin, daß die selbständigen Einreden von einem Anspruch unabhängig sind, während die unselbständigen in naher Beziehung zu einem Anspruch stehen. Wie sich diese Beziehung zum Anspruch bei den unselbständigen Einreden äußert, wurde bei den einzelnen Einreden dieser Kategorie untersucht (vergl. die §§ 273, 320, 478, 821, 853, 1000). Unser Ergebnis war folgendes: Diese Einreden stehen im Grunde genommen selbständig n e b e n dem Anspruch, zeichnen sich allerdings durch eine gewisse Abhängigkeit von diesem Anspruch aus. Dem Anspruch und der Einrede liegt der gleiche Tatbestand zugrunde. Bei allen unselbständigen Einreden war zu betonen, daß Geltendmachung der Einrede nicht Geltendmachung des Anspruchs ist, auch nicht in defensiver Weise. Geltendmachung der Einrede ist nicht mehr, als ein Sichberufen auf einen Tatbestand, dem allerdings auch ein Anspruch entspringt; ist aber nicht Verfolgung dieses Anspruchs. Darum wurden Wendungen wie „rechtsverfolgende Einrede" (Zitelmann)[5]) oder gar „Einrede des . . . Anspruchs" (Walsmann)[6]) abgelehnt. Die Einrede ist lediglich Verteidigungsmittel. Wären Einrede und Anspruch indentisch, so würde der Einrede auch ein aggressives Moment anhaften. Das widerspräche der gesetzlichen Gestaltung

[1]) Kreß S. 25 Ziff. 3.
[2]) Planck-Siber S. 37; ebenso Caspers S. 13.
[3]) Z. B. von Crome und Staudinger.
[4]) II S. 8.
[5]) a. a. O. S. 31.
[6]) a. a. O. S. 118.

der Einrede. Die Einrede führt als Gegenrecht gegen einen Anspruch entweder zur dauernden oder zeitweisen Klageabweisung des Gegners oder zu einer Veränderung des gegnerischen Anspruchs (Siber). Sie führt dagegen nicht zu einer Durchsetzung eines Anspruchs. Unselbständig sind diese Einreden nur deshalb, weil sie grundsätzlich, — wenigstens eine gewisse Zeit lang: §§ 478, 821, 853 — nur geltend gemacht werden können, solange auch der mit ihnen konkurrierende, gleichem Tatbestand erwachsene Anspruch erfolgreich durchgesetzt werden kann. Fällt also jener Anspruch, z. B. durch Erlaß, fort, so ist auch für die Einrede kein Raum mehr. Eine Ausnahme machen die Einreden der Wandlung, Minderung, Bereicherung und unerlaubten Handlung, die auch nach Verjährung des entsprechenden Anspruchs noch erfolgreich geltend gemacht werden können. Aus dem „auch" der §§ 478, 821, 853 wird mit Recht gefolgert, daß diese Einreden bereits schon vor Verjährung der Ansprüche bestehen, dann allerdings in der besprochenen Abhängigkeit.

Im Schrifttum wird der scharfe Unterschied zwischen Einrede und Anspruch nicht genügend beachtet. Einige wenige Beispiele mögen genügen: Walsmann[1]) spricht von „Einrede des Bereicherungsanspruchs", „Einrede des Anspruchs aus einer unerlaubten Handlung". Planck[2]) meint, Geltendmachung der Wandlungseinrede sei Geltendmachung des Wandlungsanspruchs. Zitelmann braucht Wendungen wie „Geltendmachung des Anspruchs in Verteidigungsform",[3]) „einredbarer Anspruch", der Anspruch sei zugleich ein Einrederecht. Unter diesen Umständen darf es nicht wundernehmen, wenn Oertmann[4]) ausführt, auf eine Einrede könne grundsätzlich einseitig verzichtet werden, „da und soweit sie kein selbständiges Forderungsrecht darstellt, also nicht unter § 397 fällt". Hält man Einrede und Anspruch ihrem Wesen nach auseinander, so kommt man trotz aller nahen Beziehungen zum Ergebnis, daß der Verzicht auf eine unselbständige Einrede nicht in einem Erlaßvertrag nach § 397 aufgeht.

Diese Streitfrage kann natürlich nur auftauchen, solange die Einreden tatsächlich unselbständig sind; also in den §§ 478, 821, 853 nur vor Verjährung des Anspruchs.

Der Erlaß ist identisch mit einem Verzicht auf das Forderungsrecht.[5]) Oben (§ 2) wurde ausgeführt, daß der Verzicht im BGB. sowohl einseitig wie vertraglich vor sich gehen kann. Das Vertragserfordernis des § 397 steht einem Verzicht nicht entgegen.

Liegt nun in dem Verzicht auf eine unselbständige Einrede ein Anspruchsverzicht, so kommt selbstverständlich für jene Willensbetätigung nur der Erlaß in Betracht. Dann geht der Einredeverzicht im Erlaß auf, und man muß folgerichtig in solchen Fällen

[1]) a. a. O. S. 118, unter Hinweis auf Langheineken S. 298.
[2]) § 478, 2 S. 732.
[3]) a. a. O. S. 31.
[4]) § 397, 2 S. 431 oben.
[5]) Planck-Siber § 397, 1 a; Walsmann S. 178; a. A. Oertmann § 397, 2 S. 431; RGKom. § 397, 1.

die Möglichkeit eines Einredeverzichts überhaupt leugnen. Dann ist eben der Verzicht auf das Forderungsrecht das primäre, und mit ihm entfällt die Einrede automatisch, da nun für sie kein Platz mehr ist. Dann hat Siber recht,[1]) wenn er von den unselbständigen Einreden lehrt: „Ohne Verzicht auf das Grundrecht können sie vielfach überhaupt nicht aufgegeben werden." [2])

Aber was steht denn eigentlich im Wege, einen bloßen Einredeverzicht, einen Verzicht lediglich auf das Schutzrecht für zulässig zu erachten, durch den der parallele Anspruch nicht im geringsten berührt wird? Wie die Geltendmachung des Anspruchs von der Geltendmachung der Einrede zu unterscheiden ist, so auch der Erlaß vom Einredeverzicht. Geltendmachung des Wandlungsanspruchs führt zur Rückgängigmachung des Kaufes, Geltendmachung der Einrede dagegen nur zur Klageabweisung des Gläubigers, der den Kaufpreis verlangt.[3]) Verzicht auf den Wandlungsanspruch ist Erlaß. Mit ihm entfällt auch die Wandlungseinrede wegen ihrer Abhängigkeit; denn das Gesetz verleiht diesen Einreden nicht mehr Bedeutung als dem parallelen Anspruch. Verzicht auf das Einrederecht allein ist nur Aufgabe des Schutzmittels. Der Anspruch bleibt in solchem Falle bestehen. Verzichtet der Schuldner lediglich auf sein Recht, dem Kaufpreisanspruch des Gläubigers gegenüber seine Leistung zu *verweigern*, so entfällt nur die Einrede. Nichts hindert den Schuldner, demnächst den Wandlungsanspruch geltend zu machen. Darum bemerkt v. Tuhr richtig:[4]) „Vom vertragsmäßigen Erlaß der Forderung (§ 397) ist zu unterscheiden der einseitige Verzicht auf die Einrede, durch welchen die Forderung nur die Fähigkeit verliert, eine Einrede zu erzeugen."

Der Lehrmeinung, die Anspruch und Einrede nicht scharf auseinander hält, steht allerdings das praktische Leben als starker Bundesgenosse zur Seite. Solange Anspruch und Einrede nebeneinander bestehen, werden beide Befugnisse sowohl bei Geltendmachung als auch beim Verzicht nicht mit Deutlichkeit voneinander geschieden. Das führt dann zur Verwischung der Wesensmerkmale. Der Käufer, der dem Kaufpreisanspruch gegenüber die Wandlungseinrede vorschützt, muß den Grund seiner Weigerung angeben. Er wird den Tatbestand entwickeln, aus dem er sein Weigerungsrecht herleitet. Diesem Tatbestand entspringt aber auch sein Wandlungsanspruch. Kommt es ihm nun nur darauf an, den Kaufvertrag rückgängig zu machen, so ist es ihm gleich, auf welche Weise er zu seinem Ziel kommt. Er beruft sich auf den Tatbestand, dem Anspruch und Einrede entspringen, macht also in Wirklichkeit Anspruch und Einrede *zugleich* geltend.[5]) So wird es im Leben in der

[1]) Planck-Siber § 305 II 1 c δ S 318.

[2]) So auch Eccius S. 7; Rümelin Arch. 98, S. 344.

[3]) Enneccerus II § 111 III b S. 378; „allerdings aber ist in dem Vorschützen der Wandlungseinrede ein Anerbieten, jetzt noch zu wandeln, zu finden, und dieses Anerbieten führt, wenn der Verkäufer es annimmt, die vertragsmäßige Wandlung herbei". „Es widerspräche Treu und Glauben, wollte der Käufer einwerfen, daß er nur seine Leistung weigere, die Gegenleistung aber behalten wolle".

[4]) I § 17 Anm. 50 S. 302.

[5]) Vergl. hierzu v. Tuhr I § 17 V. 5 S. 301.

Regel sein. Damit ist aber nicht gesagt, daß dies notwendigerweise immer so sein müsse. Ich kann mir denken, daß der Schuldner eine Rückgängigmachung des Kaufes gar nicht erstrebt. Ihm liegt nur daran, sich vor der Kaufpreisforderung des Gläubigers zu schützen. Dann beruft er sich ausschließlich auf die Wandlungseinrede. Die ihm bereits übergebene Kaufsache muß er allerdings nach Treu und Glauben zurückerstatten, aber nicht etwa deshalb, weil die Einrede Rückgängigmachung des Kaufes bewirkt hätte. (Vergl. oben S. 48 Anm. 3).

Aehnlich ist es beim Verzicht. Erklärt der Schuldner seinem Gläubiger, er werde sich dem Kaufpreisanspruch gegenüber nicht auf die Wandlung stützen, so liegt hierin meist die Zusicherung, sich auf den Tatbestand, der durch Lieferung einer schlechten Sache entstanden ist, nicht berufen zu wollen. Darin liegt dann ein Verzicht sowohl auf den Wandlungsanspruch als auf die Wandlungseinrede. Nur insoweit hat Quilitz [1]) recht, wenn er ausführt, der Verzicht auf eine „abgeleitete" Einrede nähere sich dem Verzicht auf den Anspruch selbst. Eine solche Willensbetätigung ist natürlich Erlaß. Hier nimmt der Forderungsverzicht den Einredeverzicht in sich auf. Aber es geht zu weit, einen solchen Vorgang stets zu unterstellen. Der bloße Einredeverzicht ist immer denkbar und begrifflich möglich, wenngleich zugegeben wird, daß ihm, solange Anspruch und Einrede nebeneinander bestehen und geltend gemacht werden können, wenig praktische Bedeutung zukommt. [2])

Die eigentliche Bedeutung des Einredeverzichts liegt somit zwar bei den unselbständigen Einreden nicht. Die Ausführungen sollen aber beweisen, daß Verzicht auf eine unselbständige Einrede und Erlaß logisch streng voneinander zu unterscheiden sind. Selbst wenn man den Einredeverzicht als Erlaß deuten würde, bedürfte er, worauf unten hingewiesen wird (§ 16 a. E.), nicht der Annahme seitens des Gegners (§ 333).

§ 12. Wirkungen des Einredeverzichts. Möglichkeit einer Rückgängigmachung.

Der Einredeverzicht stellt eine Verfügung über das Einrederecht dar. Der privatrechtliche Verzicht ist stets Verfügung, [3]) „durch welche der Inhaber eines Rechts das Recht aufgibt, ohne es auf eine andere Person zu übertragen." [4]) Die Wirkung des Einredeverzichts ist also die, daß die Einrede aus dem Rechtskreis des Verzichtenden fortfällt, was nicht hindert, daß sie in der Person eines Dritten fortbesteht: §§ 768 II, 1137 II, 1211 II. Nicht richtig scheint es demnach, wenn mitunter gelehrt wird, [5]) der Einredeverzicht begründe eine Replik gegen die Einrede in der Person des

---

[1]) a. a. O. S. 76.

[2]) Vergl. trotz grundsätzlicher Gegenansicht für den Verzicht auf die Einrede des nichterfüllten Vertrages: Planck-Siber § 305 II 1 c δ S. 318, 319.

[3]) Walsmann S. 215.

[4]) v. Tuhr II 1 § 54 VI S. 264.

[5]) Staudinger § 222, 4; Eck I S. 211.

Gegners.[1]) Diese Auffassung verträgt sich nicht mit dem Wesen des Verzichts[2]).

Aus dem Einredefortfall ergeben sich eine Reihe Folgerungen:[3]) Der Anspruch des Gläubigers wird von seiner Lähmung völlig befreit. Der durch eine „anspruchändernde" Einrede veränderte Anspruch gewinnt ohne weiteres seine frühere Stärke zurück. Der Kläger dringt nunmehr im Prozeß gegen den Beklagten durch. Die Verzugswirkungen können, wenn die Voraussetzungen dazu vorliegen, nach dem Fortfall der Einrede eintreten.

Voraussetzung für einen wirksamen Einredeverzicht ist also Verfügungsfähigkeit des Verzichtenden.[4]) Es taucht hier die Frage auf, ob beispielsweise ein Minderjähriger oder eine Ehefrau im gesetzlichen Güterstand selbständig auf eine Einrede verzichten können. Hält man sich an den Wortlaut des Gesetzes, so können die §§ 108, 111, 1396, 1398 Bedeutung gewinnen. Stellt man sich auf den Standpunkt, der Einredeverzicht sei ein Vertrag (§ 305), so paßt die Gesetzesbestimmung, nach der ein Vertrag eines Minderjährigen ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters schwebend unwirksam ist (§ 108). Und da der Einredeverzicht gleichzeitig eine Verfügung über ein Recht darstellt, würde für die Ehefrau § 1396 zutreffen, sodaß also die Wirksamkeit des Verzichts von der Genehmigung des Mannes abhinge. Unten (§ 16) wird nachgewiesen werden, daß der Einredeverzicht einseitig erfolgen kann. Nach dieser Auffassung könnten die §§ 111, 1398 zur Anwendung gebracht werden; demnach wäre dieser Verzicht als einseitiges Rechtsgeschäft ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters oder Ehemannes gänzlich unwirksam. Auf Grund der Gesetzesbestimmungen kämen wir also zu dem Ergebnis, daß ein Minderjähriger oder eine Ehefrau selbständig nicht wirksam auf eine Einrede verzichten könnten, daß vielmehr ein solcher Verzicht — nach unserer Theorie der Einseitigkeit — *nichtig* wäre.

Dieses Ergebnis befriedigt nicht. Prüfen wir die Interessenlage, so bietet sich uns eine billigere Lösung. Gem. § 1399 ist zu Rechtsgeschäften, durch die sich die Frau zu einer Leistung *verpflichtet*, die Zustimmung des Mannes nicht erforderlich. Einreden erwachsen immer dem Schuldner und bieten eine Waffe gegen den Anspruch des Gläubigers. Verzichtet ein Schuldner, die Ehefrau, auf eine ihr auf Grund der eingegangenen Verbindlichkeit entstandene Einrede, so kommt dieser Verzicht höchstens wirtschaftlich einer Neubegründung eines Schuldverhältnisses gleich (so bei Dauereinreden). Formell handelt es sich nicht einmal um eine Neubegründung, da die Schuld trotz der Einrede bestand. (Vergl. darüber unten § 15 Ziff. 6.)

[1]) Dagegen Planck Vorbem. 6 vor § 194 a. E.; Oertmann § 222, 4d; v. Tuhr I S. 296.

[2]) Eine Begründung, weshalb hier nur eine „Replik" entstehen soll, lassen die Vertreter dieser Ansicht vermissen. Es erweckt den Anschein, als sei hier unter „Replik" ganz allgemein Einwand im Sinne der Z. P. O. gemeint. Dann ist die Ausdrucksweise aber irreführend und sollte vermieden werden. Unter „Replik" versteht man doch üblicherweise eine materiellrechtliche Gegeneinrede gegen eine Einrede.

[3]) v. Tuhr I § 17 S. 296.

[4]) v. Tuhr II 1 § 54 VI S. 266.

Der Einredeverzicht bildet also der Begründung eines Schuldverhältnisses gegenüber ein Minus. Kann die Ehefrau Schuldverhältnisse ohne Einwilligung ihres Ehemanns begründen, so muß sie, da die Interessenlagen übereinstimmen, auch selbständig auf eine Einrede verzichten können. Die Gleichheit der Interessenlage kommt darin zum Ausdruck, daß die Ehefrau in beiden Fällen den Verpflichtungswillen hat.

Für den Minderjährigen besteht nun eine dem § 1399 ähnliche Vorschrift nicht. Grundsätzlich kann er sich nicht selbständig verpflichten, da eine solche Verpflichtung seinem rechtlichen Vorteil zuwiderläuft (§ 107). Ausnahmen enthalten die §§ 110, 112, 113. In diesen Ausnahmefällen gilt das bezüglich der Ehefrau Gesagte. Es besteht die Möglichkeit eines selbständigen Einredeverzichts. In der Mehrzahl der Fälle greift jedoch auch beim Einredeverzicht der Schutz des Minderjährigen durch. Aber es geht zu weit, gemäß § 111 den einseitigen Einredeverzicht für nichtig zu halten, wenn er ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erklärt ist. Es ist nämlich zu bedenken, daß, sobald von „Einrede" gesprochen wird, eine Schuld bereits wirksam bestehen muß. Der Einredeverzicht enthält dann nicht mehr als eine Bestärkung jener bereits bestehenden Verbindlichkeit. Es genügt vollauf, den erklärten Einredeverzicht des Minderjährigen bis zur Genehmigung des gesetzlichen Vertreters als *schwebend* unwirksam anzusehen (§ 108).

Schon bei der Besprechung der einzelnen Einreden stellten wir fest, daß der Einredeverzicht insofern eine Aenderung der Parteibeziehungen bewirkte, als sich durch ihn die Rechtsstellung des Gläubigers festigte. Es steht somit nichts im Wege, den Einredeverzicht als *Zuwendung* an den Gläubiger anzusehen.[1]) Jeder Verzicht enthält eine Zuwendung, wenn er zum Vorteil eines anderen gereicht. Dieser Gläubigervorteil wurde beim Einredeverzicht nachgewiesen.

Wie alle Zuwendungen entgeltlich oder unentgeltlich sein können,[2]) so auch der Einredeverzicht. Meist wird er eine unentgeltliche Verfügung darstellen. Doch ist er auch als entgeltlicher Verzicht denkbar: Es verzichtet jemand auf die Einrede der Verjährung, der andere stundet dafür den ursprünglich verjährten Kaufpreis.

Für den Fall, daß sich der Einredeverzicht als unentgeltliche Zuwendung offenbart, entstehen zwei wichtige Fragen: Wirkt sich der Einredeverzicht als Schenkung aus? Können die Wirkungen eines Einredeverzichts durch Anfechtung innerhalb oder außerhalb des Konkurses rückgängig gemacht werden?

1. Ist der Einredeverzicht Schenkung? Zunächst ist davon auszugehen, daß der Einredeverzicht ein *abstraktes* Rechtsgeschäft ist. Jeder privatrechtliche Verzicht stellt in der Regel solch ein abstraktes Geschäft dar, „das von seiner causa in Ansehung seiner Wirksamkeit unabhängig ist," wobei allerdings zu beachten ist, daß „die causa in der Form der Bedingung in das Verzichtsgeschäft hinein-

[1]) v. Tuhr II 2 § 71 I a S. 50, insbesondere S. 51 Anm. 14.
[2]) v. Tuhr II 2 § 74 I S. 136.

gezogen werden kann".[1]) Da also beim Einredeverzicht, was seine Wirkung anbelangt, das Grundgeschäft unberücksichtigt bleiben kann, erscheint zunächst die Frage nach der causa unwesentlich. Indes gewinnt die Frage an Bedeutung, wenn man bei mangelhafter causa eine Rückgängigmachung der Verzichtswirkung im Wege der condictio ins Auge faßt. Gemäß § 812 besteht für denjenigen eine allgemeine „Herausgabepflicht", der auf irgendeine Weise auf Kosten eines anderen etwas ohne rechtlichen Grund erlangt. Es besteht Anlaß, die causa des Einredeverzichts einer Untersuchung zu unterziehen.

Der Einredeverzicht kann entgeltliche oder unentgeltliche Zuwendung sein (siehe oben). Der Begriff der Schenkung ist bedeutend enger als der der unentgeltlichen Zuwendung.[2]) Eine Schenkung liegt nur dann vor (§ 516), wenn beide Parteien darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt, wenn weiter die Zuwendung eine Vermögensschmälerung des Schenkers, eine Vermögensbereicherung des Empfängers enthält. So gibt es einen schenkweisen Erlaß (Forderungsverzicht): In unentgeltlicher Weise vollzieht sich einerseits der Fortfall des Forderungsrechts (Entreicherung), anderseits die Schuldbefreiung (Bereicherung). Ein schenkweiser Einredeverzicht ist aber m. E. nicht denkbar. Die Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit unterstellt, ist einerseits wohl die Entreicherung möglich, denn die durch den Verzicht fortfallende Einrede stellt einen Vermögensbestandteil des Verzichtenden dar, weil sie ein Recht ist. Auf Seiten des Begünstigten aber fehlt es an der Bereicherung. Das hängt mit der Struktur der Einrede im BGB. zusammen. „Es läßt sich nicht leugnen, daß dem Grundgedanken der Einrede des BGB. eine gewisse Künstlichkeit anhaftet: Dem Recht des Klägers steht ein Recht des Beklagten gegenüber; der Anspruch des Klägers existiert, kann aber durch den Willen des Beklagten unwirksam werden."[3]) Ob also die Einrede besteht oder nicht, — auf den Anspruch des Gläubigers ist dies ohne Einfluß. Dieser Anspruch bestand bereits vor Existenz der Einrede, besteht während der Existenz der Einrede und besteht gleicherweise nach dem Einredefortfall durch Verzicht. Verzichtet also der Schuldner auf eine Einrede, so schwächt er damit zwar seinen Vermögensbestand, er bereichert aber nicht das Vermögen des Gegners. Aus gleichen Gründen kann man z. B. Erfüllung des Schenkungsversprechens nicht als Schenkung ansehen; „denn der Beschenkte erhält durch diese Leistung nur das, was ihm bereits gebührt, und was in der Rechtsform der Forderung schon zu seinem Vermögen gehört."[4])

An der gesetzlichen Auffassung der Einrede ist m. E. trotz der nicht zu verkennenden Künstlichkeit unbedingt festzuhalten, will man nicht auf erhebliche Schwierigkeit mit dem Gesetz stoßen. Es wird gelehrt,[5]) der mit einer dauernden Einrede behaftete Anspruch stehe

[1]) Walsmann S. 218.
[2]) Vergl. z. B. v. Tuhr II 2 § 75 S. 153 f.
[3]) v. Tuhr I § 17 II S. 290.
[4]) v. Tuhr II 2 § 75 S. 161.
[5]) Vergl. z. B. Crome § 296, 2 b.

einer Nichtforderung „praktisch" oder „wirtschaftlich" gleich. Nur selten wird bestritten, daß der Anspruch formell besteht.[1]) Darum ist es zu verstehen, wenn Oertmann[2]) meint, die Beseitigung einer Dauereinrede komme materiell der Neubegründung des bisher durch sie gelähmten Rechtes sehr nahe. Würde man nun nur die wirtschaftliche Seite des Einredeverzichts ins Auge fassen, — man muß zugeben, daß infolge des Einredeverzichts praktisch aus einer Nichtschuld eine Schuld wird — so könnte man allerdings im Einredeverzicht eine Schenkung sehen: Denn dem Einredefortfall entspräche auf der anderen Seite die Forderungsneubegründung, die Vermögensbereicherung.[3]) Man muß sich aber m. E. davor hüten, überall und ohne weiteres „praktisch" von Nichtschuld zu sprechen, wo dem Anspruch nur eine (wenn auch dauernde) Einrede entgegensteht. Würde man nämlich soweit gehen, so hieße das die gesetzliche Grundlage der Einrede erschüttern. Der Gesetzgeber hat die Einrede bewußt so geschaffen, wie wir sie heute im BGB. vor uns haben: Der Anspruch existiert trotz der Einrede. An der Zweckmäßigkeit einer solchen Regelung mag man zweifeln und de lege ferenda eine Aenderung anstreben.[4]) M. E. kann man heute nicht umhin, die Einrede streng formell nach dem Willen des Gesetzgebers zu behandeln. Nur in den Fällen steht die einredeentkräftete Forderung der Nichtforderung gleich, wo das Gesetz dem ausdrücklich Rechnung trägt: Gemäß § 813 kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete zurückgefordert werden, wenn dem Anspruch eine dauernde Einrede entgegenstand (Ausnahme: die Einrede der Verjährung § 222 II). Hier kann man von „Nichtschuld" sprechen. Ebenso wird ein mit einer dauernden Einrede behafteter Anspruch als ein nicht existenter behandelt in den §§ 886, 1169, 1254, 1266 Satz 2. So kann der Einredeberechtigte vom Gläubiger Beseitigung der den Anspruch sichernden Vormerkung, Verzicht auf die Hypothek, Rückgabe des Pfandes, Aufhebung des Schiffspfandrechts verlangen. Auch hier handelt es sich um „Ausnahmevorschriften, welche den Zweck haben, die praktischen Uebelstände zu beseitigen, die sich in den fraglichen Fällen daraus ergeben, daß der Anspruch prinzipiell, obwohl ihm eine Einrede entgegensteht und diese geltend gemacht wird, bestehen bleibt."[5]) Eine Ausdehnung dieser Vorschriften scheint mir de lege lata unstatthaft.

Der Einredeverzicht kann also entgegen dem Erlaß nicht schenkweise erfolgen, weil durch ihn eine Vermögensbereicherung des Begünstigten nicht eintritt. Daß der Einredeverzicht nicht Schenkung ist, folgt auch schon aus § 517, einer Vorschrift, die den Schenkungsbegriff einengt. Gemäß § 517 liegt eine Schenkung u. a. dann nicht vor, wenn jemand zum Vorteil eines anderen auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet. Dieser

[1]) So bei dauernden Einreden Hellwig a. a. O. § 2 I; a. A. v. Tuhr I § 17 VI 2 S 309.

[2]) § 397, 2 S. 431; Vorbem. B 2 g vor § 194.

[3]) So in der Tat Quilitz S. 76; vergl. unten § 15 Ziff. 1.

[4]) v. Tuhr I § 17 II.

[5]) Planck I Vorbem. 6 vor § 194 f. Vergl. auch v. Tuhr I S. 308.

Tatbestand ähnelt dem Verzicht auf eine Einrede entschieden mehr als der Tatbestand der Schenkung gemäß § 516. Zwar ist das Einrederecht mit seiner Entstehung „endgültig erworben" in dem Sinne, daß es nunmehr im Vermögen des Schuldners steht. Aber es ist doch ein unvollkommenes Recht, das sich in seiner bloßen Existenz überhaupt nicht auswirkt. Erst in der Ausübung liegt seine Kraft. Fällt die Einrede vor Ausübung durch Verzicht fort, so ist die Wirkung unter den Beteiligten die gleiche, als verzichte jemand auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht. „Noch nicht endgültig erworben im Sinne des § 517 sind solche Rechte, deren Erwerb durch eine einseitige Erklärung des Erwerbers mit rückwirkender Kraft aufgehoben werden kann, sodaß es noch von seinem Entschluß abhängt, ob er das Recht endgültig haben will oder nicht."[1]) Zu jenen Rechten muß man auch die Forderung aus dem Vertrag zu Gunsten Dritter zählen, die vom Dritten nach § 333 einseitig zurückgewiesen werden kann. Auch diese Forderung ist zunächst in der Person des Dritten entstanden. § 333 enthält nun nichts anderes, als einen Verzicht auf jene Forderung.[2]) Dieser Verzicht ist nicht Schenkung. Aus den gleichen Erwägungen heraus darf man auch den einseitigen Einredeverzicht, — wie er unten allgemein nachgewiesen wird, — nicht als Schenkung ansehen.

Nichtsdestoweniger gibt es m. E. eine Rückgängigmachung des Einredeverzichts im Wege der condictio gemäß § 812. Denn durch diesen Verzicht hat immerhin der Gegner etwas auf Kosten des Verzichtenden erlangt, nämlich eine günstigere Rechtsstellung. Ist nun das Grundgeschäft — nicht etwa eine Schenkung, aber ein entgeltliches oder unentgeltliches Geschäft — mangelhaft, waren z. B. die Parteien über die Unentgeltlichkeit oder Entgeltlichkeit verschiedener Auffassung, so muß eine Rückgängigmachung der Verzichtswirkungen möglich sein. Das geschieht in der Weise, daß diese Wirkungen als nicht vorhanden angesehen werden.

2. Können die Wirkungen eines Einredeverzichts durch Anfechtung innerhalb oder außerhalb des Konkurses rückgängig gemacht werden?

Grundlegend für diese Frage sind die §§ 31, 32 der Konkursordnung (K. O.) und die entsprechenden Bestimmungen in § 3 des Anfechtungsgesetzes (Anf. Ges.).

Anfechtbar sind:

Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner (Schuldner) in der dem anderen Teil bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat. (§ 31 Ziff. 1 K. O., § 3 Ziff. 1 Anf. Ges.).

Die in dem letzten Jahre vor Eröffnung des Verfahrens (vor der Anfechtung) von dem Gemeinschuldner (Schuldner) vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen. (§ 32 Ziff. 1 K. O., § 3 Ziff. 3 Anf. Ges.).

---

[1]) v. Tuhr II 2 § 75 S. 159.

[2]) v. Tuhr II 1 § 54 VI S. 265; Oertmann § 333, 2 S. 316; a. A Walsmann S. 239.

M. E. ist die Anfechtungsmöglichkeit des Einredeverzichts auf Grund beider Bestimmungen der K. O. denkbar. Beispiele: Einen Monat vor Konkurseröffnung verzichtet der Schuldner einem Gläubiger X gegenüber auf die Einrede der Verjährung. Nach Eröffnung des Konkursverfahrens meldet X neben anderen Gläubigern seine ursprünglich verjährte Forderung an. Bestände nun noch die Einrede der Verjährung (nur in ihr wirkt sich die Verjährung aus), so könnten im Prüfungstermin Konkursverwalter oder Konkursgläubiger der Forderung widersprechen (§ 144 K. O.). — Der Eigentümer eines Pfandes verzichtet kurz vor Konkurseröffnung über sein Vermögen auf eine ihm gemäß § 1211 aus dem Recht des persönlichen Schuldners zustehende Einrede, z. B. auf die der unerlaubten Handlung § 853. Gegenüber dem Absonderungsanspruch des Pfandgläubigers könnte der Verwalter, würde der Einredeverzicht nicht wirksam sein, sich auf die Einrede berufen und den Pfandgegenstand der Masse erhalten. — Der Besitzer einer ihm nicht gehörigen Sache verzichtet vor Konkurseröffnung über sein Vermögen dem Eigentümer gegenüber auf die Verwendungseinrede (§ 1000). Könnte der Verwalter sich dem Aussonderungsanspruch des Eigentümers gegenüber auf diese Einrede berufen, so würde er die Masse um die Verwendungen vermehren oder die beanspruchte Sache der Masse erhalten können. —

Aus diesen Beispielen erhellt, daß ein Einredeverzicht unter Umständen dem konkursrechtlichen Grundsatz der par conditio entgegenwirkt. Denn in allen diesen Fällen würde sich, wenn der Einredeverzicht den Konkursgläubigern gegenüber gemäß § 29 K. O. unwirksam wäre, deren Quote erhöhen. Eine Anfechtung des Einredeverzichts durch den Verwalter muß hier, wenn die Voraussetzungen der Anfechtung — § 30 f. K. O. — vorliegen, möglich sein. Verzichtet der Schuldner auf eine Einrede in der dem Gläubiger bekannten Absicht, die übrigen Gläubiger zu benachteiligen, so sind die Voraussetzungen des § 31 K. O. erfüllt. Der Einredeverzicht stellt sich jedenfalls als „Rechtshandlung" dar. In diesem Falle ist der Einredeverzicht durch den Verwalter gemäß § 36 K. O. anfechtbar.

Fehlt es an der vorgenannten Absicht, so kann sich die Anfechtungsmöglichkeit aus § 32 K. O. ergeben. Schon oben wurde ausgeführt, daß sich der Einredeverzicht meist als unentgeltliche Verfügung auswirkt.[1]) Auch hier ist dieser Begriff weiter als Schenkung. „Eine unentgeltliche Verfügung erfordert begrifflich nichts weiter, als daß durch sie ein Vermögenswert aus dem Vermögen des Verfügenden zu Gunsten eines anderen weggegeben oder aufgegeben wird, ohne daß ihm ein entsprechender Gegenwert zufließen soll."[2]) Die unentgeltliche Verfügung kann auch bestehen im

[1]) Was indes nicht unbedingt notwendig ist; z. B. Verzicht auf die Verjährungseinrede gegen Stundung des Kaufpreises. Käme ein Entgelt überhaupt nicht in Frage, so gäbe es nach v. Tuhr II 2 § 74 IV S. 152 eine Anfechtung nach § 32 K. O nicht.

[2]) Mentzel S. 167; Jaeger S. 632; Warneyer S. 118; RGZ 62, 44; 80, 217; 92, 228.

„Aufgeben von Rechten", „in Form von Verzichtleistungen".[1]) Auch der Einredeverzicht ist anfechtbar. Natürlich kommt eine solche Anfechtung des Einredeverzichts gemäß § 32 K. O. nur in Frage, solange das die Einrede erzeugende Schuldverhältnis noch nicht durch Erfüllung erloschen ist, wenn also der Konkursverwalter noch erfüllen müßte (sei es auch nur quotenmäßig). Andernfalls ist nur das Erfüllungsgeschäft, — wenn die Voraussetzungen einer Anfechtung vorliegen, — anfechtbar. Ein Zwang zur Geltendmachung der Einrede besteht selbstverständlich für den Schuldner niemals; er vertrüge sich nicht mit der Kannrechtsnatur der Einrede. Gegenüber der Nichtgeltendmachung stellt sich aber der Einredeverzicht als selbständige Rechtshandlung dar, die nicht mit der Nichtgeltendmachung der Einrede identisch ist (vergl. unten § 13). —

Außerhalb des Konkurses besteht dagegen nicht die Möglichkeit, den Einredeverzicht anzufechten. Hier geschieht gemäß § 1 des Anfechtungsgesetzes die Anfechtung zum Zwecke der Befriedigung eines Gläubigers und hat die Unwirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung (§ 3 Ziff. 1 Anf. Ges.) oder unentgeltlichen Verfügung (§ 3 Ziff. 3 Anf. Ges.) dem anfechtenden Gläubiger gegenüber zur Folge. Die Einrichtung des „Verwalters" und des „Widerspruchs im Prüfungstermin" besteht nicht. Die Anfechtung eines Einredeverzichtes, — an sich durch § 3 Anf. Ges. gedeckt, — würde zwar zur Folge haben, daß der Verzicht dem anfechtenden Gläubiger gegenüber unwirksam wäre, aber eine Geltendmachung der Einrede oder eine Berufung auf sie durch den Gläubiger ist ausgeschlossen. Die Einrede bietet keine Verwertungsmöglichkeit für den Gläubiger. Die Anfechtung dient also nicht dem Befriedigungszweck. Außerhalb des Konkurses ist nur die Anfechtung der Erfüllungshandlung von Nutzen. Daher muß man die Anfechtung des Einredeverzichts außerhalb des Konkurses als nicht zweckdienlich für unzulässig halten.

§ 13. Abgrenzung des Einredeverzichts. Verzicht und Nichtgeltendmachung.

Die früheste Möglichkeit des Ausschlusses einer Einrede besteht dann, wenn die Parteien in Beziehungen zueinander treten, einen Vertrag miteinander eingehen. Die meisten Schuldverhältnisse sind so, wie sie im BGB. ihre Regelung gefunden haben, imstande, von sich aus sofort oder unter irgend einer Voraussetzung zu einem späteren Zeitpunkt Einreden zu erzeugen. So können sogleich mit dem Schuldverhältnis die Einreden des Zurückbehaltungsrechts, des nichterfüllten Vertrages, der unerlaubten Handlung und andere entstehen, während z. B. die Einreden der Verjährung, der Wandlung, des Notbedarfs zu einem späteren Zeitpunkt dem Schuldverhältnis entspringen. Die Normen des Schuldrechts sind nun dis-

[1]) Warneyer S. 118, S. 120. Jaeger S. 633; allgemeiner § 32 Anm. 9: Aufgeben von Gestaltungsbefugnissen, wenn der Verwalter die Gestaltung zum Vorteil der Masse hätte ausnutzen können.

positiver Natur. Die Parteien können ihre Beziehungen frei gestalten. Die gesetzlichen Tatbestände bilden nur Typen, an die die Parteien bei Gestaltung ihres Verhältnisses nicht gebunden sind. Auf diese Weise ist es wohl möglich, die Entstehung einer Einrede von vornherein auszuschließen. Bezüglich der Einrede der Verjährung geht das zwar wegen § 225 nicht, bei vielen anderen Einreden dürfte dem aber nichts entgegenstehen. In diesem Falle handelt es sich um keinen echten Einredeverzicht. Das ist vielmehr nur freie Gestaltung ihrer Beziehungen durch die Beteiligten. Diese Gestaltungsfreiheit ist im Schuldrecht grundsätzlich gestattet. Würde man in solchen Fällen von einem „Verzicht" sprechen, so käme man zu einer Verwischung des Verzichtsbegriffs.[1]) Das BGB. bleibt sich indes nicht konsequent. Wenn gemäß § 239 die Bürgschaftserklärung eines tauglichen Bürgen den „Verzicht" auf die Einrede der Vorausklage enthalten muß, so widerspricht dies dem Gesagten. Hier wird also vom Einredeverzicht auch in dem Sinne gesprochen, daß die Einrede von vornherein nicht begründet wird.[2]) Genauer müßte § 239 II lauten: „Die Bürgschaftserklärung muß den Ausschluß der Einrede der Vorausklage enthalten." Diese Ungenauigkeit ergibt sich ebenfalls aus § 773 Ziff. 1.

Nach Abschluß des Vertrages, aber vor Entstehung der Einrede, ist in vielen Fällen der „Verzicht im voraus" möglich. Dabei handelt es sich um einen echten Verzicht. Während gewöhnlich Verzichtserklärung und Verzichtswirkung zeitlich zusammenfallen, findet bei diesem Verzicht im voraus eine zeitliche Trennung von Erklärung und Wirkung statt. Die Verzichtswirkung, d. i. Fortfall der Einrede, kann frühestens mit der Entstehung der Einrede eintreten, indem der Wegfall der Einrede mit der Entstehung zusammenfällt (antizipierter Verzicht; vergl. oben § 5). Einen Verzicht im voraus hielten wir für unzulässig bei der Einrede der Verjährung und bei den Einreden des Notbedarfs.

Das eigentliche Gebiet des Einredeverzichts beginnt mit der Entstehung der Einrede. Hier muß man grundsätzlich die Möglichkeit des Einredeverzichts zugeben.

Der Verzicht ist solange denkbar, als die Einrede besteht. Eine unselbständige Einrede fällt z. B. dadurch weg, daß der mit ihr konkurrierende Anspruch erlischt; dadurch wird natürlich der Einredeverzicht unmöglich. Jede aufschiebende Einrede kommt nach einer gewissen Zeit ohne weiteres zum Fortfall; damit endet die Verzichtsmöglichkeit. Die Einrede erlischt aber nicht bei Geltendmachung. Im Gegenteil, dann entfaltet sie erst ihre volle Kraft. Sie kann nach herrschender Lehre (vergl. oben § 3) außergerichtlich und gerichtlich geltend gemacht werden. Ein Einredeverzicht ist auch dann noch möglich, wenn die Einrede schon einmal außergerichtlich

[1]) Walsmann S. 121, S. 230 f.; v. Tuhr II 1 § 54 IV S. 268, 269: „In allen Fällen, in denen das Gesetz dem Sprachgebrauch des Lebens folgend das Wort Verzicht im untechnischen Sinne gebraucht, handelt es sich um einen Vorgang, der dem Verzicht auf ein Recht insofern ähnlich ist, als jemand durch eine Willenserklärung seine rechtliche Lage verschlechtert."

[2]) Vergl. Planck-Siber § 305 II 1 c δ S. 318.

geltend gemacht worden ist.[1]) Wenn A sich zunächst dem Anspruch des Gläubigers gegenüber auf die Verjährungseinrede beruft, später aber diesen Schritt bedauert, so steht nichts im Wege, die Folgen der Geltendmachung auch jetzt noch auszuschließen. Daß ein Verzicht nun noch möglich ist, hängt damit zusammen, daß die geltend gemachte Einrede die ursprüngliche Interessengegenwirkung innerhalb des Rechtsverhältnisses nicht angreift: Es tritt nur eine leichte Interessenverschiebung ein. Der Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner bleibt bestehen. Der Schuldner bleibt formell zu einem Opfer verpflichtet. Andere Gegenrechte wirken stärker: Das Anfechtungsrecht zerstört, wenn es geltend gemacht wird, die Beziehungen zwischen den Beteiligten. Darum gibt es nach erfolgter Geltendmachung keinen Verzicht auf das Anfechtungsrecht mehr. — Auch auf die gerichtlich geltend gemachte Einrede kann unter Umständen noch verzichtet werden. Die letzte Möglichkeit eines Verzichts liegt in der letzten mündlichen Verhandlung (auch der Berufungsinstanz). Damit kann ein prozessuales Anerkenntnis gemäß § 307 ZPO. verbunden sein.

An dieser Stelle soll die Frage Beantwortung finden, ob die Nichtgeltendmachung einer Einrede dem Einredeverzicht gleichzustellen ist. Da die Einrede ein Kannrecht ist, steht dem Einredeberechtigten die Geltendmachung der Einrede frei. Der Berechtigte entscheidet allein über Geltendmachung oder Nichtgeltendmachung. Das Schweigen des Berechtigten kann ein nur außergerichtliches sein; nichts hindert ihn aber auch, vor Gericht von seinem Einrederecht keinen Gebrauch zu machen. Dann wird die Einrede nicht beachtet. Der Gegner dringt mit seinem Anspruch durch, und im Ergebnis tritt die Wirkung eines Einredeverzichts ein: Der Einredeberechtigte verliert sein Recht endgültig.

M. E. läßt sich die Nichtgeltendmachung einer Einrede allein dem Einredeverzicht nicht ohne weiteres gleichsetzen. Eingangs der Arbeit (§ 2) wurde ausgeführt, daß das Verzichtsgeschäft zweierlei voraussetzt: Die Willenserklärung des Verzichtenden und die Verzichtswirkung, nämlich den Einredefortfall.

Was die Verzichtserklärung anbelangt, so braucht diese natürlich nicht notwendig ausdrücklich zu geschehen. Es genügt, wenn sie aus den Umständen zu entnehmen ist. Dann müssen diese Umstände aber eindeutig auf den Verzichtswillen schließen lassen. Das ist bei der Nichtgeltendmachung der Einrede nicht der Fall. Macht der Einredeberechtigte von einer Einrede keinen Gebrauch, so läßt sich keineswegs ohne weiteres sein Verzichtswille unterstellen. Die Nichtgeltendmachung kann anderer Ursache entspringen. Vielleicht kennt der Berechtigte sein Einrederecht gar nicht. Vielleicht schiebt er die Geltendmachung nur auf. Die außergerichtliche Nichtgeltendmachung vermag in dieser Hinsicht niemals einen sicheren Schluß auf einen Verzicht zu bieten. Die gerichtliche Nichtgeltendmachung vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung ebenso wenig! Möglicherweise beabsichtigt der Einredeberechtigte, seine Einrede als

[1]) So Planck Vorbem. 6 vor § 194 S. 509; v. Tuhr I § 17 S. 296.

letzte Waffe ins Feld zu führen. Selbst die endgültige Nichtgeltendmachung bietet keinen sicheren Anhaltspunkt für den Verzicht; sie bildet höchstens ein Indiz für ihn.

Was die Verzichtswirkung angeht, so fehlt diese vollends beim außergerichtlichen Schweigen des Einredeberechtigten. Es besteht immer noch die Möglichkeit, die Einrede zu einem späteren Zeitpunkt vorzubringen. Fällt die Einrede fort, weil das Rechtsverhältnis durch Erfüllung des Schuldners sein Ende findet, so ist zwar äußerlich die Verzichtswirkung vorhanden; sie beruht indes darauf, daß nunmehr der Anspruch, gegen den die Einrede hätte verwertet werden können, in Wegfall gekommen ist. Nicht anders steht es mit der Nichtgeltendmachung im Prozeß. Die Einrede fällt allerdings fort, wenn sie endgültig keine Verwertung findet. Das beruht indes auf der Prozeßordnung. Jeder Rechtsstreit nimmt einmal sein Ende. Und damit erlöschen ohne weiteres sämtliche Verteidigungs- und Angriffsmittel. Die einem Verzicht im Ergebnis gleichkommende Wirkung hat ihren Grund in gesetzlichen Bestimmungen, sie ist nicht notwendige Folge eines Verzichtswillens.[1])

Nichtgeltendmachung der Einrede ist also nicht Einredeverzicht, sondern bietet höchstens einen Hinweis auf einen solchen Verzicht. Die Nichtgeltendmachung kann allerdings auf einem Verzicht beruhen: Weil ein Berechtigter verzichtet hat, nimmt er von der Geltendmachung der Einrede Abstand. Planck[2]) führt aus: „Ein Verzicht wird auch anzunehmen sein, wenn der Einredeberechtigte die Leistung außergerichtlich verweigert hat und sich dann auf die gleichwohl erhobene Klage einläßt, ohne die bereits erfolgte Leistungsverweigerung geltend zu machen." Auch in einem solchen Verhalten liegt m. E. nicht ohne weiteres ein Verzicht, obgleich es einen starken Hinweis auf einen Verzicht enthält. Der schließlich eintretende Einredefortfall beruht auf prozessualer Bestimmung. Soll die Einrede infolge Verzichtswillens bereits vor Schluß des Rechtsstreits in Wegfall kommen, so muß klar und eindeutig ein Verzichtsgeschäft nachweisbar sein.

Ist somit Nichtgeltendmachung der Einrede nicht Einredeverzicht, so läßt sich doch aus der Möglichkeit für den Einredeberechtigten, durch bewußte und gewollte Nichtgeltendmachung eine Wirkung des Einrederechts gänzlich auszuschließen, also einen dem Verzicht gleichkommenden Erfolg zu erzielen, ein Schluß auf die grundsätzliche Zulässigkeit des Einredeverzichts bei jeder Einrede ziehen. Diese Zulässigkeit des Einredeverzichts beruht auf der Gestaltung der Einrede als Kannrecht, durch die dem Schuldner freigestellt wird, sich auf sein Recht zu berufen (vergl. oben § 10 S. 45).

---

[1]) Quilitz S. 73; desgl. für den stillschweigenden Erlaß: Planck-Siber § 397, 3; er stellt dem Verzicht das „gegensätzliche Verhalten" gegenüber; vergl. auch § 305, 1 c δ S. 318 f.; Walsmann S. 205 f.; v. Tuhr II 1 § 54 Anm 200; I § 17 IV 3; Endemann § 88 Note 36.

[2]) I Vorbem. 6 vor § 194.

IV. Abschnitt.
Der Einredeverzicht als einseitige, empfangsbedürftige, formlose Erklärung.

Im folgenden sollen die bisher gewonnenen Erkenntnisse bei der Beantwortung der Frage verwertet werden, wie der Verzicht auf Einreden vor sich zu gehen habe; ob dieser eines Vertrages, unter Umständen einer Form, bedürfe, oder als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung wirksam sei. Hierbei werden zunächst die in der Literatur vertretenen Ansichten aufgezählt; sodann wird zu ihnen kurz Stellung genommen werden. Im Anschluß daran wird begründet werden, daß der Einredeverzicht in allen Fällen als einseitige, empfangsbedürftige, formlose Willenserklärung wirksam ist.

§ 14. Ergebnis früherer Untersuchungen.

Wie die Meinungen über den Einredeverzicht im Schrifttum auseinander gehen, mag folgender Ueberblick kurz vergegenwärtigen: Ausgegangen sei von der Lehre Eccius'.[1] Eccius teilt die Einreden in 3 Kategorien ein. Bei jeder Gruppe geht nach seiner Ansicht der Verzicht anders vor sich. Bei den Weigerungsrechten „gegenüber Ansprüchen aus einem Vertrage, die sich aus dem Inhalt des dem Anspruch zugrundeliegenden Vertrages ergeben," (§§ 771, 320), bedeutet der Einredeverzicht Aenderung des Vertragsinhalts. Er bedarf eines förmlichen Vertrages.[2] Bei den Weigerungsrechten, „die einem mit dem Anspruch kollidierenden Recht entspringen, das selbst geeignet ist, einen Anspruch zu erzeugen," (§ 986), ist nach Eccius ein Einredeverzicht nur möglich durch Verzicht auf das kollidierende Recht (Miete: § 397; Nießbrauch: § 1064, 875).[3] Der Verzicht auf die übrigen Einreden stellt ein schriftliches Anerkenntnis gemäß §§ 780, 781 dar (§ 222 II).[4]

Mit dieser Abhandlung Eccius' befassen sich vor allem Rümelin,[5] Oertmann[6] und Walsmann.[7] Bezüglich der beiden ersten Gruppen stimmen Rümelin und Oertmann grundsätzlich mit Eccius überein; nur scheint es Rümelin nicht glaubhaft, daß der Einredeverzicht bei der ersten Gruppe formbedürftig sei. Stark weichen sie indes von der Ansicht Eccius' bezüglich seiner dritten Kategorie ab (selbständige Einreden). Oertmann nennt den Beweis aus § 222 II recht trügerisch. Beide neigen mehr zu einer Parallele zum Anfechtungsrecht. Walsmann sieht in dem Schluß aus § 222 eine Verquickung zweier prinzipieller Gedanken: des Verpflichtungs-

[1]) a. a. O. S. 1 f.
[2]) a. a. O. S. 5.
[3]) a. a. O. S. 7.
[4]) a. a. O. S. 7 f.
[5]) Arch. 98. S. 342 — 46.
[6]) Zu § 397, 2.
[7]) a. a. O. S. 125 — 127; vergl. auch Onilitz a. a. O. S. 78 f.

gedankens und des Verzichtsgedankens. Im übrigen ergeben die Untersuchungen Walsmanns über den Einredeverzicht bei den einzelnen Einreden starke Abweichungen.[1]) Hölder[2]) will wenigstens für die Verjährungseinrede auf Grund des § 222 II den einseitigen Verzicht ausschließen. Nach Enneccerus[3]) verzichtet man auf selbständige Einreden in Analogie zum Anfechtungsrecht durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Dagegen kann auf die unselbständigen Einreden, die „nur eine Funktion des ihnen zugrundeliegenden Rechts sind", nur mit dem Recht in der für dessen Aufhebung vorgeschriebenen Form verzichtet werden. Siber[4]) hält den Verzicht auf eine Einrede für eine Aenderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses; er fordert infolgedessen gemäß § 305 grundsätzlich den Vertrag. Gleicher Ansicht ist Staudinger.[5]) Auch Henle[6]) erblickt den gewiesenen Weg für den Einredeverzicht im reinen Schuldvertrag. Suppes[7]) meint, wie die Verfügung über Forderungen nach § 305 einen Vertragsschluß erfordere, so könne auch analog dieser Vorschrift über das Einrederecht nur vertraglich verfügt werden. Oertmann[8]) hält diesen Schluß von einem selbständigen Recht auf ein bloßes Gegenrecht für kühn. Er läßt ihn höchstens für dauernde Einreden zu, da hier ein Verzicht materiell der Neubegründung des bisher einredegehemmten Rechts nahe komme.

Cohn,[9]) Langheineken[10]) und Caspers[11]) erblicken im Einredeverzicht keine inhaltliche Aenderung des Schuldverhältnisses. Die Einrede stehe neben dem Schuldverhältnis. Sie lassen folglich, — Langheineken unter Hinweis auf das Anfechtungsrecht, — die einseitige Erklärung für den Verzicht genügen.[12])

Eisser[13]) faßt den gesamten Streit kurz dahin zusammen: „Es ist in Deutschland anerkannt, daß grundsätzlich ein Verzicht auf Einreden zulässig ist. Die Einzelheiten sind sehr umstritten: Manche begnügen sich mit einer einseitigen Erklärung des Einredeberechtigten, andere verlangen für den Verzicht auf unselbständige Einreden die Anwendung der Vorschriften, nach denen das zugrundeliegende Recht aufgehoben wird, während selbständige Einreden durch einseitige, zugangsbedürftige Willenserklärung beseitigt werden können; eine dritte Ansicht verlangt in allen Fällen einen Vertrag."

---

[1]) a. a. O. S. 118 f.
[2]) Arch. S. 65; allgemein für den Vertrag S. 81.
[3]) I § 207 I 3.
[4]) HdWRW. VI S. 639 d; Planck-Siber § 305 1 c β S. 318.
[5]) § 305, 1 c.
[6]) a. a. O. S. 380; so auch Quilitz S. 76 f.; Seckel S. 230; RGKom. § 222, 1; Schultheiß DJZ. 08, 807.
[7]) a. a. O. S. 14 Anm. 4.
[8]) Vorbem. B 2 g vor § 194 f.
[9]) a. a. O. S. 272.
[10]) a. a. O. S. 285.
[11]) a. a. O. S. 45.
[12]) So auch Rech S. 26; v. Tuhr I S. 296; II 1 S. 271; Cosack § 74 d I b; Endemann I § 149 Anm. 3; für die Verjährungseinrede: Lehmann S. 316; RGZ 78, 130.
[13]) a. a. O. II S. 816.

Als Beispiel für die Verwirrung diene die Einrede der Vorausklage (§ 771): Man verlangt für den Verzicht auf diese Einrede vielfach einen gemäß § 766 formbedürftigen Vertrag.[1]) Andere wenden sich gegen die Schriftform.[2]) Manche[3]) lassen Einseitigkeit und Formlosigkeit genügen.

§ 15. Stellungnahme zu den vorhandenen Ansichten.

1. Als die zweite Kommission, mit der Umarbeitung des Entwurfs zum BGB. betraut, den Absatz II zu § 305 BGB.:[4]) „Zu dem Verzicht des Schuldners auf eine Einrede genügt einseitige Erklärung gegenüber dem Gläubiger" ablehnte, tat sie es u. a. aus der Erwägung heraus, es könnten möglicherweise durch diesen Zusatz die Vorschriften über die Schenkung verdunkelt werden. Die Frage ist also berechtigt, ob durch einen einseitigen Einredeverzicht die bei der Schenkung aufgestellten Rechtsregeln umgangen würden, ob infolgedessen für dieses Rechtsgeschäft ein Schenkungs*vertrag* nötig wäre. Von maßgebender Bedeutung für die Lösung dieser Frage sind die §§ 516, 517.

In der Tat wird von Quilitz[5]) folgender Standpunkt vertreten: „Eine mit einer dauernden Einrede behaftete Forderung ist, wenn auch nicht rechtlich, so doch wirtschaftlich mit einer nichtigen Forderung identisch. Das Vertragserfordernis der Schenkung könnte nun einfach dadurch umgangen werden, daß der Einredeberechtigte formlos und einseitig auf die Einrede verzichtete und so das Vermögen des Gegners um eine wirtschaftlich gültige Forderung bereicherte."

An anderer Stelle habe ich nachzuweisen versucht, daß der Einredeverzicht nicht Schenkung ist. (Oben § 12). Einmal fällt er nicht unter § 516; sodann steht er den Tatbeständen des § 517 näher als dem des § 516. Gewiß wird zugegeben, daß die mit einer dauernden Einrede behaftete Forderung *wirtschaftlich* einer Nichtschuld nahe steht; deshalb darf aber allgemein und grundsätzlich die typische Gestaltung der Einrede des BGB. nicht verkannt werden. Vielmehr existiert grundsätzlich die Forderung trotz Bestehens einer Einrede. Diesen gewiß nicht sehr glücklichen Zustand hat der Gesetzgeber bewußt und gewollt geschaffen. Wir müssen ihn anerkennen, soll nicht das Wesen der Einrede verloren gehen. Nur die gesetzlich normierten Ausnahmefälle dulden eine Abweichung (z. B. §§ 813, 886, 1169, 1254). Eine Verdunkelung der Schenkungsvorschriften bringt daher ein einseitiger Einredeverzicht nicht mit sich.

2. Aus § 222 II folgert Eccius, daß nicht nur bei der Einrede der Verjährung,[6]) sondern bei allen Weigerungsrechten, „die un-

[1]) z. B. Oertmann § 773, 2 a; Staudinger § 773, 1 a β; Eccius S. 6; Kipp-Windscheid § 278, 2; RG im Recht 1911 Nr. 2135.
[2]) Enneccerus II § 190 Anm. 4.
[3]) Walsmann S. 248 f.; Caspers S. 45.
[4]) Prot. VI S. 163 f.
[5]) a. a. O. S. 76.
[6]) So Hölder Arch. 93 S. 65.

mittelbar vom Gesetz gegeben seien", der selbständige Anerkennungsvertrag gemäß § 781 in der dort vorgesehenen Schriftform einzig und allein geeignet sei, als Einredeverzicht zu wirken, indem nämlich in diesem Vertrage der Anspruch des Gegners selbständig anerkannt werde.[1]) An sich handele es sich, da der Verzicht auf eine Einrede bewirkt werden solle, um die Anerkennung, daß man Erfüllung eines Schuldverhältnisses nicht weigern dürfe, was aber nichts anderes sei, als Anerkenntnis des Bestehens des Schuldverhältnisses. Dieser Ansicht muß widersprochen werden:[2])

Gemäß § 222 II kann das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete nicht zurückgefordert werden; das gleiche gilt von einem vertragsmäßigen Anerkenntnisse des Verpflichteten. Aus dieser Vorschrift entnehmen wir folgendes: Während im § 813 zum Ausdruck kommt, daß eine mit einer dauernden Einrede behaftete Forderung — gleichgültig, ob die Einrede geltend gemacht worden ist, oder nicht, — ausnahmsweise wirtschaftlich einer Nichtforderung gleichsteht, ist die Leistung auf Grund eines verjährten Anspruchs unkondizierbar. Wie in § 812 II das vertragsmäßige Anerkenntnis der Leistung gleichgesetzt wird, so folgerichtig auch in § 222 II Satz 2. Diese gleiche Behandlung von Leistung und Anerkenntnis beruht indes nur auf einer Fiktion. In Wirklichkeit ist ein Anerkenntnis keine Erfüllung, sondern nur Sicherung einer bestehenden Schuld. In § 222 werden Leistung und Anerkenntnis *nur insoweit* gleichgestellt, als die condictio in beiden Fällen ausgeschlossen ist. Erfülle ich eine verjährte Schuld ordnungsmäßig, so erlischt sie. Damit fällt der Anspruch, der einredeentkräftet war, fort; und mit ihm entfällt die Einrede, für die nunmehr keine Entfaltungsmöglichkeit mehr besteht. Anders beim Anerkenntnis des verjährten Anspruchs: Es wird zur Sicherung der Erfüllung einer bestehenden Obligation abgegeben, steht als zweite inhaltsgleiche Schuld neben der gesicherten.[3]) Der Anspruch des ursprünglichen Schuldverhältnisses bleibt bestehen. Er kann noch geltend gemacht werden; aber nicht mehr die Einrede. Dieser Ausschluß der Geltendmachung der Verjährungseinrede beruht nun nicht etwa *unmittelbar* darauf, daß der verjährte Anspruch anerkannt worden ist; er hängt vielmehr nur damit zusammen, daß der Anspruch gerade gegen diese Einrede geschützt werden sollte. Darum ist die Geltendmachung der Verjährungseinrede nun ausgeschlossen. Die Einrede fällt also nur *mittelbar* durch ein Anerkenntnis des verjährten Anspruchs fort.[4])

Im Gegensatz dazu ist der Verzicht unmittelbar auf Beseitigung der Einrede gerichtet. Es wird zugegeben, daß, wie oben ausgeführt

---

[1]) a. a. O. S. 7 f.

[2]) So auch Oertmann § 397, 2; Rümelin Arch. 98, S. 243—46; Walsmann S. 125–27; Quilitz S. 78 f.

[3]) Enneccerus II § 199 III.

[4]) „Eine in Kenntnis der Verjährung abgegebene Anerkennung der Schuld enthält, auch wenn sie der Form des § 781 nicht entspricht, einen Verzicht auf die Verjährung." v. Tuhr II 2 § 91 VIII; a. A. Regelsberger, Iherings J. 41, 328; Dernburg § 182 Anm. 7.

wurde, der Verzichtseffekt, also der Einredefortfall, mittels des Anerkenntnisses erreicht werden kann. Damit ist aber nicht gesagt, daß das Anerkenntnis den Einredeverzicht darstellt. Walsmann hat Recht, wenn er [1]) der Ansicht Eccius' entgegenhält, sie enthalte ein Durcheinanderwerfen zweier prinzipieller Gesichtspunkte: Des Verpflichtungsgedankens (§ 781) und des Verzichtsgedankens. Eccius ist in folgendem Recht zu geben: „Gegenüber dem vertragsmäßigen Anerkenntnisse, das den Anspruch auf eine neue Grundlage stellt, kann das Einrederecht, das dem verjährten Anspruch gegenübersteht, keine Kraft haben. Es wohnt solchem Anerkenntnis also die Kraft bei, die ein wirksamer Verzicht auf die Einrede haben würde." Nicht zu folgen ist ihm aber, wenn er meint, neben diesem als Verzicht wirksamen Geschäfte könne es ein anderes formloses Rechtsgeschäft des Verzichts nicht geben. Begrifflich muß auch hier ein Rechtsgeschäft möglich sein, das unmittelbar auf den Fortfall der Einrede abzielt. Oertmann nennt [2]) den Beweis aus § 222 „recht trügerisch," und Rümelin meint,[3]) § 222 bestimme nur, daß ein Anerkenntnis jedenfalls, also auch unabhängig vom Verzichtswillen, unkondizierbar sei. Ob nicht daneben ein Einredeverzicht möglich ist, soll m. E. durch § 222 garnicht entschieden werden.

Völlig abwegig scheint mir schließlich der Schluß von der Verjährungseinrede auf andere selbständige Einreden. Die Verjährungseinrede eignet sich nicht für Analogieschlüsse.[4]) Gerade § 222 Abs. II enthält eine Sonderregel, die ohne weiteres auf andere Fälle anzuwenden mindestens bedenklich erscheint. (Vergl. z. B. § 222 gegenüber § 813).

3. Verzicht auf die Einrede ist zweifellos Verfügung über das Einrederecht. Das wurde bereits oben näher ausgeführt (vergl. § 12). Suppes meint,[5]) die Einrede sei analog dem Forderungsrecht zu behandeln. Wie die Verfügung über das Forderungsrecht eines Vertrages bedürfe (§§ 305, 397), so auch die Verfügung über andere Rechte, z. B. das Einrederecht. Oertmann [6]) hält diesen Schluß von einem selbständigen Recht auf ein bloßes Gegenrecht für allzu kühn. Mit Recht. Denn das Fordungsrecht stellt ein subjektives Recht dar, das unmittelbar eine große Machtstellung einräumt. Die Einreden sind bloße Gegenrechte, die nicht so stark sind, wie die Herrschaftsrechte. Während dem Forderungsrecht eine Machtstellung immanent ist, gibt das Einrederecht nur die Möglichkeit einer Machtentfaltung. Ein Analogieschluß dürfte hier wenig am Platze sein. Das Forderungsrecht ist nur da für Analogieschlüsse geeignet, wo es sich um Rechte gleicher Valenz handelt, so z. B. grundsätzlich beim dinglichen Anspruch.

4. Es begegneten uns Einreden, die dem gleichen Tatbestand entsprangen, der auch einen Anspruch erzeugt (§§ 478, 821, 853,

[1]) a. a. O. S. 125 f.
[2]) § 397, 2.
[3]) Arch. 98 S. 342—46.
[4]) Vergl. auch Rümelin 98 S. 345.
[5]) a a. O. S. 15 Anm. 4.
[6]) Vorbem. B 2 g vor § 194 f.

1000 u. a.). Manche halten diese Einreden für eine Funktion des Anspruchs: Geltendmachung der Einrede bedeute nichts anderes als Geltendmachung des Anspruchs in defensiver Form. Dem wurde bei den einzelnen Einreden und besonders in § 11 widersprochen. Es wurde dort dargelegt, daß die Einrede lediglich neben dem Anspruch steht, nur von der Existenz des Anspruchs abhängig ist. Die Einrede bewahrt auch hier ihre Eigentümlichkeit als bloßes Schutz- und Gegenrecht. In diesem Zusammenhang ist deshalb zu betonen, daß der Verzicht auf eine solche Einrede nicht in einem Verzicht auf den Anspruch (das Forderungsrecht im eng. S.) aufgeht. Der Anspruch bleibt bestehen, auch wenn die Einrede fortfällt. Näheres über den Unterschied von Einredeverzicht und Erlaß siehe oben § 11. Da der Einredeverzicht sich also vom Erlaß unterscheidet, steht eine einseitige Erklärung dem Einredeverzicht aus diesem Grunde wenigstens nicht entgegen. (Vergl. auch § 333; unten § 16 a. E.)

5. Es gibt Einreden (die sogenannten „anspruchändernden" Sibers), durch deren Geltendmachung bewirkt wird, daß der Anspruch nicht mehr in der ursprünglichen Weise durchzusetzen ist, sondern geändert wird (oben § 3 S. 6). Der Anspruch wird abgeschwächt. Wird auf eine solche Einrede verzichtet — das ist auch nach Geltendmachung noch möglich, vergl. oben § 13 —, so erhält der Anspruch wieder seine ursprüngliche Gestalt und Kraft. Hier könnte man von einer Verfügung über ein Forderungsrecht sprechen. Jedoch handelt es sich nicht um einen Verzicht auf ein Forderungsrecht, sondern um eine Aenderung eines Anspruchs, also des Inhalts eines Schuldverhältnisses. Dieser Tatbestand wird weiter unten behandelt werden (siehe unten Ziff. 7).

6. Aus § 813 entnehmen wir, daß eine Schuld, deren Erfüllung auf Grund einer entgegenstehenden dauernden Einrede (Ausnahme § 222 II) verweigert werden kann, praktisch einer Nichtschuld gleichsteht. Infolgedessen kann die Leistung kondiziert werden. Wird nun (natürlich vor Leistung) auf eine solche dauernde Einrede verzichtet, so wird der Anspruch wieder voll wirksam. Er erhält seine volle Kraft zurück. Materiell kommt dieser Einredeverzicht einer Neubegründung des Schuldverhältnisses nahe.[1])

Uebrigens ersehen wir noch aus verschiedenen anderen Gesetzesstellen, daß ein mit einer dauernden Einrede behafteter Anspruch als ein nicht existenter behandelt wird: So kann der Einredeberechtigte vom Gläubiger Beseitigung der den Anspruch sichernden Vormerkung, Verzicht auf die Hypothek, Rückgabe des Pfandes, Aufhebung des Schiffspfandrechts verlangen (§§ 886, 1196, 1254, 1266 Satz 2).

A hat den B durch betrügerische Vorstellungen dazu bewogen, ihm einen Schuldschein auszustellen. Aus diesem Schuldschein steht A ein Anspruch gegen B zu. B kann ein Jahr lang nach Kenntnis der Täuschung den Vertrag anfechten; drei Jahre lang kann er im Wege der Klage aus unerlaubter Handlung Befreiung von der

[1]) Oertmann Vorbem. B 2 g vor § 194 f.

Schuld verlangen. Sodann ist § 853 allein geeignet, den Anspruch dauernd zu lähmen. Verzichtet B nunmehr auf diese Einrede, so erlangt der Anspruch wieder volle Kraft. Das Schuldverhältnis erscheint wirtschaftlich einem neubegründeten ähnlich.

Gemäß § 305 bedarf die Neubegründung eines Schuldverhältnisses eines Vertrages. Daß durch einen solchen neubegründenden Vertrag die Einrede fortfällt (vergl. z. B. für das Anerkenntnis oben Ziff. 2), leuchtet ohne weiteres ein. Die Frage ist nur, ob der Einredeverzicht, weil er wirtschaftlich einer Neubegründung nahe kommt, eines Vertrages bedarf. Sie ist zu verneinen. Formell handelt es sich um keine Neubegründung; denn der ursprüngliche Anspruch wird geltend gemacht, die ursprüngliche Schuld wird erfüllt, wenn ein Einredeverzicht stattgefunden hat. Im Laufe der Arbeit wurde schon mehrfach ausgesprochen (§ 12, § 15), daß die gesetzlichen Vorschriften, die die einredebehaftete Forderung einer Nichtforderung gleichstellen, Ausnahmevorschriften sind. An dieser Stelle kann auf die früheren Ausführungen Bezug genommen werden.

Uebrigens kennen wir in der Rechtsordnung nicht wenige Fälle, in denen materiell der Effekt eines Rechtsgeschäfts durch ein anderes erreicht werden kann, ohne daß jenes andere den Vorschriften des ersteren folgen müsse. Durch den Garantievertrag und die kummulative Schuldübernahme wird für den Gläubiger eine gleich gesicherte Position geschaffen wie bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft. Die fiduziarische Eigentumsübertragung tut dieselben Dienste wie das Pfandrecht. Trotzdem verlangt man in den ersten Fällen keine Schriftform, im letzten keine Uebergabe der Sache.

Selbst wenn man im Einredeverzicht die Neubegründung eines Schuldverhältnisses erblicken wollte, bedürfte er aus den gleichen Erwägungen heraus keines Vertrages, die uns unten veranlassen (§ 16), den einseitigen Verzicht trotz Inhaltsänderung eines Schuldverhältnisses für wirksam zu erachten.

7. Bei der Besprechung der einzelnen Einredetatbestände stellten wir allgemein fest, daß der Einredeverzicht eine inhaltliche Aenderung der obligatorischen Beziehungen, des Schuldverhältnisses, bewirkte (vergl. insbesondere für die anspruchändernden Einreden oben Ziff. 5). Denn die Machtverteilung im Verhältnis der Beteiligten zueinander wird durch den Einredeverzicht eine andere. Das gilt vor allem im Schuldrecht. Denn das ist das Gebiet, auf dem sich in erster Linie persönliche Verhältnisse der Beteiligten abwickeln. Es gilt aber in gleicher Weise im Sachen-, Familien- und Erbrecht (vergl. oben die Zusammenfassung § 10). Auch hier stehen die Beteiligten häufig in obligatorischen Beziehungen zueinander. Immer sogar in unseren Fällen, wenn ein Anspruch sich gegen die bestimmte Person des Einredeberechtigten richtet. Fällt die Einrede infolge des Verzichts fort, so haben sich auch diese persönlichen Beziehungen geändert.

Gemäß § 305 bedarf die Aenderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses eines Vertrages. § 305 ist eine Norm des allgemeinen Schuldrechts; sie gilt also in erster Linie für die sogenannten „selb-

ständigen" Schuldverhältnisse, das sind Schuldverhältnisse, die durch Vorgänge entstehen, „die kein bestehendes Recht voraussetzen".[1]) Man wird aber auch die Normen des Schuldrechts anwenden auf „unselbständige" Obligationen, die als Folge anderer, z. B. absoluter Rechte entstehen; also auf dingliche, familienrechtliche, erbrechtliche Obligationen, soweit nicht die Eigenart dieser Rechte oder Sonderbestimmungen eine solche Anwendung verbieten. Es dürfte also nichts im Wege stehen, den § 305, soweit er von einer Aenderung des Inhalts eines bestehenden Schuldverhältnisses handelt (trotz der Ueberschrift des Abschnittes: „Schuldverhältnisse aus Verträgen"), auf andere Obligationen zu übertragen.[2])

Aendert also der Einredeverzicht das persönliche Verhältnis der Beteiligten zueinander, so bedarf er nach dem äußeren Wortlaut des § 305 eines Vertrages. Diese Folgerung wird denn auch im Schrifttum durchweg gezogen, sei es, daß man den § 305 beim Verzicht auf sämtliche Einreden,[3]) oder wenigstens auf einzelne Einredekategorien anwendet.[4])

Darüber, daß sich ein solcher Vertrag grundsätzlich mit dem Verzichtsbegriff verträgt, ist bereits an anderer Stelle gesprochen worden. (Vergl. oben § 2).[5])

Es wird vielfach darüber gestritten, ob dieser inhaltändernde Vertrag der Form bedürfe, die beim Abschluß des Hauptvertrages erforderlich sei.[6]) Man wird richtig gehen, mit Enneccerus zwischen Abänderung des Vertrages und Abänderung des Schuldverhältnisses zu unterscheiden. Oben wurde schon betont, daß innerhalb *desselben* Vertrages der Inhalt des Schuldverhältnisses, die jeweiligen Parteibeziehungen, dauernd wechseln können. „Der Abänderungsvertrag (gemäß § 305) ist ein selbständiger Vertrag über Abänderung eines bestehenden Schuldverhältnisses, nicht ein nachträglicher Zusatz zu einem früher geschlossenen Vertrage" (Enneccerus). Es dürfte auch m. E. zu weit gehen, beispielsweise für den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage einen der Form des § 766 bedürftigen Vertrag zu verlangen.[7]) Der Verzicht auf die Einreden des nicht-erfüllten Vertrages oder der Vorausklage ändert zwar den Inhalt des zugrundeliegenden Schuldverhältnisses, nicht aber den Grundstückskaufvertrag oder den Bürgschaftsvertrag. Vor allem ändert sich nichts an der Verpflichtung des Schuldners, um derentwillen

---

[1]) Heck II § 1 Ziff. 10.

[2]) Siber HdWRW VI S. 639 d.

[3]) Z. B. Staudinger § 305, 1 c; Henle S. 380; Siber HdWRW VI S. 639 d; Planck-Siber § 305 II 1 c; Quilitz S. 76 f.

[4]) Eccius S. 2 f.; Rümelin Arch. 98 S. 342 f.

[5]) Dagegen Walsmann S. 196: „Der Gesichtspunkt der Aufhebung tritt hier ganz vor dem der Aenderung, welche in ihren Wirkungen durchaus den gleichen Erfolg haben kann wie der Verzicht und welche sich in concreto in ihrer Bedeutung völlig mit dem Verzicht decken kann, zurück." Formulierungsproblem: Heck II Anhang § 1 Ziff. 4 Anm. 2 S. 473.

[6]) Dafür z. B. RGZ. 51, 180; 76, 33. — a. A. Crome § 296 Anm. 73; Planck-Siber § 305 II 2; § 313, 5 b; Enneccerus II § 42 Anm. 6; Rümelin Arch. 98 S 343 f.

[7]) Z. B. Oertmann § 773, 2 a; a. A. Enneccerus II § 190 Anm. 4.

die Formvorschrift besteht. Eine Verschärfung der Haftung tritt infolge des Einredeverzichts nicht ein. Dieser bewirkt vielmehr nur, daß die Leistung zu einem früheren Zeitpunkt als ursprünglich vereinbart, zu erbringen ist, — aber doch in gleichem Umfange, wie sie vorher geschuldet war. Ein einseitiger Einredeverzicht würde also nicht deshalb unzulässig sein, weil durch ihn eine Formvorschrift umgangen würde. Im folgenden wird nun versucht werden, den Nachweis zu erbringen, daß der Einredeverzicht trotz der scheinbar entgegenstehenden Vorschrift des § 305 eines Vertrages nicht bedarf.

§ 16. Nachweis der Einseitigkeit.

Jedes obligatorische Verhältnis enthält einen Widerstreit zwischen Schuldner- und Gläubigerinteressen, (mag es sich um ein solches im Schuld-, Sachen-, Familien- oder Erbrecht handeln). Durchweg steht der Schuldner insofern schlechter, als die Erfüllung der Schuld von ihm Opfer verlangt. Die Machtstellung des Gläubigers überragt die des Schuldners erheblich. Wenn der Gläubiger beansprucht, muß der Schuldner leisten. Darum zeigt sich im Gesetz die Neigung, den Schuldner zu schützen. Zu den Schutzmitteln des Schuldners, den Verteidigungswaffen gegen das Vorgehen des Gläubigers „ohne rechtlichen Grund" (Heck), gehören die Einreden. Sie stellen Weigerungsrechte dar, die dem Schuldner in Fällen gewährt werden, in denen ihm die Leistung, die Befriedigung des Gläubigers, nicht zugemutet werden kann: sei es, daß die Zeit das obligatorische Verhältnis verdunkelt hat; sei es, daß auch der Gläubiger zu einer Leistung (aus einem konnexen oder gar demselben Verhältnis) verpflichtet ist; sei es, daß mit der Leistung Kosten und Gefahr verbunden sind, die dem Gläubiger obliegen, oder daß die Leistung ohne rechtlichen Grund oder auf Grund einer unerlaubten Handlung des Gläubigers geschuldet wird. Bei allen Einreden handelt es sich um Schutzrechte des Schuldners gegen den Anspruch des Gläubigers. Durch sie wird also die Interessenlage des Schuldners auf Kosten der Gläubigerinteressen gehoben.

Der Einredeverzicht bewirkt nun das Gegenteil: Der Schuldner gibt zugunsten der Rechtsposition des Gläubigers eine Waffe aus der Hand, die ihm im Interessenkonflikt wohl dienlich sein konnte. Insofern verändern sich die Beziehungen der Beteiligten zueinander, und deshalb liegt eine inhaltliche Aenderung des Schuldverhältnisses vor. Der Einredeverzicht enthält also eine Begünstigung des Gegners, Hintanstellung eigener Interessen, Besserung der gegnerischen Rechtsstellung. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob der Verzicht vor oder nach der Geltendmachung der Einrede erklärt wird (vergl. oben § 13).

Nun gibt es im Gesetz generell keine Handhabe dafür, daß eine bloße Begünstigung eines anderen einseitig ohne dessen Einwilligung erfolgen könne. Die Schenkung, die zweifellos eine Begünstigung enthält, bedarf eines Vertrages. Der Verzicht auf ein Forderungsrecht (Erlaß) kann gemäß § 397 nur vertraglich

bewirkt werden. In § 305 wird schlechthin für die Begründung eines Schuldverhältnisses und für die Aenderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ein Vertrag vorgeschrieben, ohne daß etwa eine Ausnahme für jene Fälle erklärt würde, in denen lediglich die Interessen eines anderen gefördert werden. Nur wenige Fälle sind bekannt, in denen einseitige Versprechen ohne Annahme gültig sind: So vor allem die Auslobung, die Schuldverschreibung auf den Inhaber, die Annahme einer Anweisung, das Versprechen einer Vermögenszuwendung an eine zu errichtende Stiftung [1]) und die Offerte.[2])

Zur Förderung fremder Interessen ist also grundsätzlich in gleicher Weise ein Vertrag erforderlich, wie zur Besserung der eigenen Wirtschaftslage auf Kosten fremder Interessen Einverständnis des Gegners verlangt wird.[3]) Das nimmt eigentlich wunder und war sicher keine gesetzgeberische Notwendigkeit. Im BGB. herrscht grundsätzlich die Privatautonomie, d. h. die Parteien können die Beziehungen nach ihrem Belieben gestalten; es steht ihnen frei, ihre Rechtsverhältnisse so zu ordnen, wie sie es wollen. Das ist heute sogar verfassungsrechtlich anerkannt: Die Verfassung hat den Grundsatz der Vertragsfreiheit „als Norm aufgestellt, sie ist daher heute Quelle seiner Geltung".[4]) Und noch ein weiteres muß an der allgemeinen Fassung des § 305 und der vertragsmäßigen Ausgestaltung der Schenkung und des Erlasses befremden: Die Vorschriften stehen nicht im Einklang mit dem Schutz, den der Gegner einer einseitigen Erklärung genießt. Der Grundsatz des § 157 wird auch auf einseitige Erklärungen ausgedehnt.[5]) Auch die einseitige Erklärung ist nach Treu und Glauben auszulegen. Man muß Heck[6]) folgen, der ausführt: „Der Vertragszwang des BGB. steht im Widerspruch zu zwei Schutzgedanken, die im modernen Recht maßgebend sind, zu dem Schutz der Privatautonomie und zu dem Vertrauensschutz, den wir dem Empfänger einer Erklärung nach Treu und Glauben zubilligen (z. B. § 157). Weshalb soll es grundsätzlich ausgeschlossen sein, im Wege einer einseitigen Erklärung die Interessen eines anderen durch Zuwendung einer Forderung oder durch Befreiung einer Schuld zu fördern? Weshalb soll der Schuldner, dem der Gläubiger schreibt, daß er auf die Schuld verzichte, sich auf diese Erklärung nicht verlassen dürfen? Welche Gegeninteressen sind es, die einen solchen Eingriff in die Privatautonomie und den Vertrauensschutz als berechtigt erscheinen lassen? Solche Gegeninteressen sind nun tatsächlich nicht vorhanden."

Während es ohne weiteres ersichtlich ist, weshalb ein Rechtsgeschäft ohne Annahme dort nicht genügen kann, wo fremde Interessen auf dem Spiele stehen und bedroht sind, läßt sich nicht rechtfertigen,

[1]) Nach Heck II § 41 Ziff. 1 c eigentlich nur die Auslobung.

[2]) Jetzt auch Enneccerus II § 26 II 2; nach Heck ist, nachdem die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß anerkannt ist, diese Haftung des Offerenten ein einseitiges Rechtsgeschäft II § 41 Ziff. 1 c, § 41 Ziff. 4; so auch Stoll, Leipz. Zeitschr. 1923 S. 532 f.

[3]) Walsmann S 182, 183.

[4]) Stoll in Nipperdey III S. 183.

[5]) Vergl. z B. Lehmann § 30 VI 5 b.

[6]) II § 41 Ziff. 2.

daß derjenige, der lediglich begünstigt wird, dessen Interessen lediglich gefördert werden, sich mit dieser Begünstigung einverstanden erklären soll, damit sie wirksam wird. Tatsächlich kennt auch das Gesetz Fälle, in denen eine Interessenförderung ohne Zutun des Begünstigten erfolgt: Der echte Vertrag zugunsten Dritter läßt ohne Zutun des Dritten diesem ein Forderungsrecht erwachsen. Die privative Schuldübernahme befreit den Schuldner ohne dessen Zutun von seiner Schuld, „sodaß gerade diejenige Interessenwirkung erzielt wird, die der Vertragszwang bei Entstehung und Aufhebung ausschließt."[1]) Es könnte ebensowohl möglich sein, die Interessen eines anderen durch Schenkung, Erlaß, Begründung oder Inhaltsänderung eines Schuldverhältnisses ohne Zutun des Begünstigten zu fördern.

Indes sind diese Vorschriften heute strenges Recht. Eine Schenkung ohne Einigung ist keine Schenkung. Ein einseitiger Forderungsverzicht ist grundsätzlich unwirksam. Ebenso ist § 305 als zwingend gedacht. Aber § 305 ist ganz allgemein gefaßt, ohne auf einen Sonderfall einzugehen. Es ist ganz ausgeschlossen, daß der Gesetzgeber sich alle die Fälle vorgestellt hat, die sich der Fassung des § 305 nach unter diese Vorschrift bringen lassen. Hier können also Zweifel auftreten, und es ist nicht ohne weiteres gesagt, daß alle Fälle, die äußerlich von der Bestimmung des § 305 gedeckt werden, sich nun auch lediglich deshalb nach ihrem Inhalt richten müssen. Darum meint Siber[2]) mit Recht, der Einredeverzicht wäre trotz § 305 einseitig statthaft, wenn sich dies unmittelbar oder entsprechend aus Einzelvorschriften ergäbe. Zweifel sind bezüglich des Einredeverzichts von Anfang an aufgetaucht: In der zweiten Kommission war der Antrag gestellt worden, dem § 305 einen Zusatz folgenden Inhalts zu geben: „Zu dem Verzicht des Schuldners auf eine Einrede genügt einseitige Erklärung gegenüber dem Gläubiger." Zur Begründung des Antrags war angeführt, daß der Verzicht auf eine Einrede ebenso wie der Verzicht auf ein Recht an einer fremden Sache nur das Recht des Gläubigers von einer Beschränkung frei mache, und daß an dieser nur der Schuldner, nicht auch der Gläubiger ein Interesse habe.[3]) Die Kommission lehnte den Antrag ab, weil der Satz jedenfalls auf die selbständigen Einreden beschränkt werden müsse, er aber auch in dieser Beschränkung außerhalb des Prozesses zweifelhaft sei und die Vorschriften über Schenkung verdunkeln könne. Die Kommission hat es vorgezogen, die Frage im Gesetz nicht zu entscheiden.[4]) Es ist also der Wissenschaft überlassen, die Frage des Einredeverzichts zu lösen. Die Frage kann nun nie und nimmer einmütige Beantwortung finden, wenn auf dem bisher eingeschlagenen Wege fortgefahren wird, den Einredeverzicht in einen der vorhandenen Begriffe gewaltsam einzuzwängen. Alle in der Literatur vertretenen Ansichten sind nicht ausgesprochen falsch; jede enthält ein gut Teil Wahrheit;

[1]) Heck II § 41 Ziff. 3.
[2]) Planck-Siber § 305 II 1 c.
[3]) Planck-Siber § 305 II 1 c S. 318.
[4]) Prot. VI S. 163 f.

aber keine trifft den Nagel auf den Kopf. Die einfachste Lösung scheint auf den ersten Blick die zu sein, wegen der mit dem Einredeverzicht verbundenen Inhaltsänderung eines Schuldverhältnisses ohne weiteres gemäß § 305 einen Vertrag zu fordern. Aber suchen wir doch einmal nach Fällen gleicher Interessenlage und Interessenwirkung! Sollten wir solche finden derart, daß bei gleicher Interessenlage eine Begünstigung einseitig erfolgen kann, so wird man keine Bedenken tragen, trotz allen scheinbar entgegenstehenden Vorschriften den einseitigen Einredeverzicht zuzulassen.

Die im BGB. enthaltenen, geregelten Verzichtsfälle bieten keinen Anhaltspunkt. An vielen Stellen ist der Verzicht erwähnt.[1]) Wie er vor sich zu gehen habe, läßt sich nur aus wenigen Bestimmungen ersehen: Der Verzicht auf ein Forderungsrecht bedarf des Vertrages (§ 397); ebenso der Erbverzicht (§ 2346). Im Sachenrecht ist der einseitige Verzicht Regel. (Vergl. z. B. die Dereliktion: § 959, Verzicht auf ein Recht an einem Grundstück: §§ 875, 1168 II, Verzicht auf Nießbrauch: § 1064, auf das Pfandrecht: § 1255). Einen Schluß von diesen Fällen des Sachenrechts auf den Einredeverzicht zu ziehen, soll vermieden werden. Dafür bestehen zu viele Abweichungen des Einrederechts von den Rechten, die in jenen Bestimmungen aufgegeben werden.

Eine gleiche Interessenlage könnte sich ergeben mit dem Verzicht „auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht" „zum Vorteil eines anderen", § 517. Aber diese Vorschrift besagt auch nur, daß ein solcher Verzicht nicht Schenkung ist, was für den Einredeverzicht bereits festgestellt wurde. Daß ein solcher Verzicht einseitig vor sich gehen könne, läßt sich aus ihr nicht entnehmen.

Es gibt verschiedene Fälle im BGB., die eine Aenderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses bewirken, sich aber trotzdem als einseitige Erklärungen darstellen. Diese Fälle und die einseitigen Erklärungen, durch die ein Schuldverhältnis begründet wird, (vergl. oben S. 69 oben) meint wohl das Gesetz, wenn es einen Vertragszwang nur ausspricht, „soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt." So bewirken die Kündigung, die Mahnung, die Wahlerklärung, der Rücktritt (einseitige, empfangsbedürftige Willensakte) eine Veränderung der Parteibeziehungen. Der Schuldner kommt zum Beispiel durch Mahnung in Verzug. Damit verschlechtert sich seine Rechtslage entschieden. Durch diese Erklärung fördert der Erklärende aber in erster Linie seine eigenen Interessen. Er bessert seine eigene Rechtslage. Kündigung, Ausübung des Wahlrechts, des Vorkaufsrechts, des Wiederkaufsrechts usw. pflegen durchaus im eigenen Interesse zu geschehen. Hier ist nur deshalb kein Vertrag erforderlich, weil es sich um „bestimmungsgemäße Fortentwicklungen" handelt. Ein Vertrag gemäß § 305 „ist nur dann erforderlich, wenn das Verhältnis in einer nicht schon durch seinen eigenen Zweck und Anlage gegebenen Weise umgestaltet werden soll."[2]) Heck[3]) stellt diese

[1]) Vergl. eine Aufzählung bei Cohn S. 249.
[2]) Oertmann § 305, 2 S. 226.
[3]) a. a. O. II § 41 Ziff. 1 b.

Rechtsgeschäfte in Gegensatz zu selbständigen Rechtsgeschäften; nur für letztere sei das Vertragsprinzip aufgestellt. M. E. läßt sich aus der Interessenlage heraus aus diesen einseitigen Geschäften für den Einredeverzicht nichts gewinnen. Die Interessenlage ist eine ganz andere: Ich kündige, trete zurück, fechte an, übe ein Wahlrecht, ein Vorkaufsrecht, ein Wiederkaufsrecht durchaus im eigenen Interesse aus, während beim Einredeverzicht unter Hintanstellung eigener Interessen fremde Interessen gefördert werden. Man kann auch schwerlich den Einredeverzicht als bestimmungsgemäße Fortentwicklung des Schuldverhältnisses bezeichnen.

Wir kennen nun einen gesetzlichen Tatbestand, der eine dem Tatbestand des Einredeverzichts gleiche Interessenlagerung aufweist. Gemäß § 144 ist die Anfechtung ausgeschlossen, wenn das anfechtbare Rechtsgeschäft von dem Anfechtungsberechtigten bestätigt wird. Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist, wie das einredebehaftete, mangelhaft. Dem Anfechtungs- bezw. Einredeberechtigten kann nicht zugemutet werden, das ihm an sich auferlegte Opfer zu bringen. Das Anfechtungs- und Einrederecht stellen beide Schutzrechte dar. Die in § 144 ausgesprochene Bestätigung bedeutet nun nichts anderes als Verzicht auf ein Anfechtungsrecht.[1]) Durch diesen Verzicht ändern sich, wie beim Einredeverzicht, die Beziehungen der Beteiligten zueinander: Die Mängel des Rechtsgeschäfts werden behoben; die Rechtsposition des Gegners bessert sich erheblich, indem er nunmehr eine Zerstörung seines Rechts nicht mehr zu fürchten braucht. Die Bestätigung enthält eine einseitige Interessenförderung des Gegners. Auch sie kommt wirtschaftlich, wie der Einredeverzicht, einer Neubegründung des mangelhaften Geschäfts gleich. Diese Bestätigung vollzieht sich als einseitige, empfangsbedürftige, formlose Willenserklärung. Eine starke Aehnlichkeit dieses Verzichtsakts mit dem Einredeverzicht ist nicht zu verkennen.

Diese Aehnlichkeit wird in der Literatur hervorgehoben.[2]) Nach Enneccerus[3]) erfolgt der Verzicht auf selbständige Einreden durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. „Dafür spricht namentlich die Analogie des Anfechtungsrechts." „Der Verzicht auf die Einrede ist eine empfangsbedürftige, aber einseitige Willenserklärung; das dürfte wenigstens dadurch nahegelegt sein, daß auch andere Befugnisse, wie das Anfechtungsrecht, durch einseitigen Verzicht, also ohne Mitwirkung des Gegners, aufgehoben werden können."[4]) „Entsprechende Anwendung sonstiger Vorschriften kann aber ergeben, daß manche Einreden einseitig verzichtbar sind, so die der unerlaubten Handlung (§ 853) entsprechend der eine Anfechtung wegen Täuschung oder Drohung ausschließenden Bestätigung (§ 144)."[5])

---

[1]) Lehmann § 27 II 2 e; Oertmann § 144, 4; RGZ 69, 411, wonach die Bestätigung sachlich einem Verzicht auf das Anfechtungsrecht gleichkommt: Planck § 144, 1; v. Tuhr II 1 § 54 VI S. 271; Cohn S. 279; a. A. Walsmann S. 104 f.

[2]) Planck I S. 508 mit Literatur.

[3]) I § 207 I 3.

[4]) Langheineken S. 285.

[5]) Siber HdWRW VI S. 639 d.

Oertmann[1]) meint, bei selbständigen Einreden sei aus § 144 ein Analogieschluß für die einseitige Verzichtbarkeit zu gewinnen.

Der Vergleich der Interessenlagen gestattet indes einen weiteren Schluß. Die Interessenlage beim Verzicht auf das Anfechtungsrecht ist keine andere als auch beim Verzicht auf eine unselbständige Einrede. Anspruch und unselbständige Einrede entspringen dem gleichen Tatbestand, stehen aber logisch selbständig nebeneinander. Auch die unselbständige Einrede erschöpft sich in einem bloßen Schutz- oder Gegenrecht, dessen Fortfall einer Bestätigung des einredebehafteten Rechtsgeschäfts gleichkommt und lediglich eine Begünstigung des Gegners zur Folge hat. Ein wesentlicher Unterschied zwischen selbständigen und unselbständigen Einreden besteht nicht. Insbesondere wurde nachgewiesen, daß sich der Verzicht auf unselbständige Einreden begrifflich nicht als Erlaß darstellt. (Vergl. oben § 11).

Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß der Einredeverzicht in allen Fällen, wo er möglich ist, als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung vor sich geht. Aus § 144 II ergibt sich die Formlosigkeit dieser Erklärung.[2]) Wenn das RG[3] ausspricht, ein Verzicht innerhalb des Rechts der Schuldverhältnisse komme nur als Vertrag zustande; dies folge aus den §§ 305, 397, wonach einseitige Erklärungen nur ausnahmsweise Geltung hätten; das bloße Zugehen der Verzichtserklärung genüge nicht, — so ist dieser Standpunkt wenigstens für den Einredeverzicht widerlegt.[4]) Wenn ein gesetzlich nicht geregelter Tatbestand zwar äußerlich unter eine gegebene Vorschrift zu bringen ist (§ 305), seiner Interessenlage nach aber einem Tatbestand, dessen Regelung mit jener Vorschrift nicht in Einklang steht (§ 144), entspricht, so dürfen und müssen wir annehmen, daß es Wille des Gesetzgebers ist, die gleichen Interessenlagerungen gleich zu behandeln. Eine andere Behandlungsweise würde zu einem Schematismus führen, dessen ungesundes und unbefriedigendes Ergebnis sich mit der modernen Rechtsauffassung nicht vertragen würde.

Es gibt keine Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts mehr, wenn die Anfechtung wirksam erklärt ist. Mit der Anfechtung wird das Rechtsgeschäft nichtig. Nichtige Rechtsgeschäfte bedürfen der Neuvornahme, sollen rechtliche Wirkungen erzielt werden. An die Geltendmachung der Einrede knüpfen sich diese Folgen nicht (§ 13): Das zwischen den Beteiligten zustande gekommene Rechtsgeschäft bleibt wirksam; nur der Anspruch verliert seine frühere Kraft. Eine „Bestätigung", die sachlich dem Einredeverzicht gleichkommt, ist hier auch noch zu einer späteren Zeit möglich. Sie geschieht in gleicher Weise, wie vor Geltendmachung der Einrede. Wenn B der Kaufpreisforderung des A die Einrede des nichter-

[1]) § 397, 2; Vorbem. B 2 g vor § 194 f.
[2]) Vergl. Rümelin Arch. 98 S. 343, 345.
[3]) RGZ 72, 171.
[4]) So auch Oertmann § 397, 2 S. 431.

füllten Vertrages außergerichtlich entgegengesetzt hat, so hat sich der Anspruch des A geändert, der nunmehr auf Leistung Zug um Zug geht. Will B die Interessen des A fördern und seinem Anspruch volle Kraft verleihen, so kann er auf sein Schutzmittel, die Einrede, verzichten, genau so, wie er es vor Geltendmachung der Einrede konnte. Es genügt eine einseitige Erklärung.

Zum gleichen Ergebnis gelangen wir übrigens, wenn wir den Einredeverzicht mit dem Tatbestand des § 333 vergleichen. „Weist der Dritte das aus dem Vertrage erworbene Recht dem Versprechenden gegenüber zurück, so gilt das Recht als nicht erworben." Diese Zurückweisung stellt sich praktisch als ein Verzicht auf das Forderungsrecht dar. (Vergl. § 12 S. 54 Anm. 2). Der Verzicht geht einseitig vor sich; er ist einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Wie das Forderungsrecht durch „Vertrag zugunsten des Dritten" in der Person des Dritten ohne dessen Zutun entstehen kann, so kann der Dritte es auch seinerseits aufgeben, ohne das Einverständnis der Begründer einzuholen. Durch den Verzicht auf das Forderungsrecht beeinträchtigt der Verzichtende seine eigene Rechtslage; er begünstigt den Versprechenden, indem er ihn von seiner Schuld befreit (einseitiger Erlaß). Die Interessenverschiebung ist also die gleiche wie beim Einredeverzicht. Aus der Vorschrift des § 333 ist also ebenfalls die einseitige Wirksamkeit des Einredeverzichts zu entnehmen, selbst dann, wenn man den Verzicht auf unselbständige Einreden als Erlaß ansieht.

Die einseitige Verzichtserklärung muß dem Gegner *zugehen*. Das folgt einmal aus der Analogie der §§ 144, 333. Es ist aber auch eigentlich selbstverständlich. Denn da sich zwei Beteiligte gegenüberstehen, besteht für den Gläubiger mindestens ein Interesse daran, über den Einredefortfall in Kenntnis gesetzt zu werden. Anders ist das beispielsweise beim Verzicht auf das Eigentum (Dereliktion), wo unmittelbar keine Begünstigung eines anderen stattfindet. Der Zugang braucht nun keineswegs ausdrücklich zu geschehen. Schlüssige Handlungen, die eindeutig auf einen Verzicht schließen lassen, genügen. Nicht ausreichend ist indes die Nichtgeltendmachung der Einrede allein. Sie bietet nur einen mehr oder weniger starken Hinweis auf einen Einredeverzicht. (Vergl. oben § 13.)

§ 17. Ergebnis der Arbeit.

Grundsätzlich ist ein Verzicht auf *jede* Einrede zulässig. Das folgt daraus, daß sich die Einrede im Gesetz als *Kannrecht* darstellt.

Gegen den Einredeverzicht *im voraus* ist nichts einzuwenden, es sei denn, daß Vorschriften öffentlich-rechtlicher oder sozialer Natur entgegenständen (§§ 222, 519).

Verhinderung der Entstehung von Einreden ist nicht Verzicht, sondern Ausfluß des Grundsatzes der Vertragsfreiheit im BGB.

Dem Einredeverzicht steht nicht entgegen, daß die Einrede außergerichtlich oder gerichtlich bis zur letzten mündlichen Verhandlung bereits geltend gemacht worden war.

Nichtgeltendmachung der Einrede ist nicht ohne weiteres Einredeverzicht, sondern lediglich Indiz für einen solchen Verzicht.

Der Einredeverzicht ist *Verfügung* über die Einrede: Er hat den Einredefortfall zur Folge. Voraussetzung ist also Verfügungsmacht.

Die Wirkungen können rückgängig gemacht werden im Wege der *condictio* und der *Anfechtung* im Konkurse. (Abstraktes Geschäft; unentgeltliche Verfügung).

Der Einredeverzicht ist weder *Schenkung* noch *Erlaß*. Da sich die unselbständigen Einreden wesentlich von den selbständigen nicht unterscheiden, ist auch der Verzicht auf unselbständige Einreden ein selbständiger, sich vom Erlaßvertrag begrifflich unterscheidender Verzichtsakt.

Aus den §§ 144, 333 folgt, daß der Verzicht auf selbständige und unselbständige Einreden stets als *einseitige*, empfangsbedürftige, formlose Willenserklärung gültig ist, obgleich mit dem Einredeverzicht eine *inhaltliche Aenderung* des Schuldverhältnisses im Sinne des § 305 überall verbunden ist.

Lebenslauf.

Als Sohn des damaligen Oberlehrers, heutigen Oberstudiendirektors am Hindenburg-Realgymnasium in Trier, Heinrich Ohmen, und seiner Ehefrau Mechthilde geb. Urfey, wurde ich am 15. November 1908 in München-Gladbach geboren. Die Beamteneigenschaft meines Vaters war der Grund für den mehrmaligen Wohnungswechsel in der Folgezeit. Zunächst besuchte ich in Aachen Vorschule und Unterstufe des Realgymnasiums. In Werden an der Ruhr war ich vorübergehend Schüler des dortigen Realgymnasiums. In Trier machte ich Ostern 1927 die Reifeprüfung am Hindenburg-Realgymnasium.

Die ersten vier Semester studierte ich an der Universität Tübingen, weitere drei an der Universität Bonn Rechtswissenschaft. Am 19. September 1930 bestand ich am Oberlandesgericht Köln die Referendarprüfung. Heute bin ich im Vorbereitungsdienst am Landgericht Trier tätig.